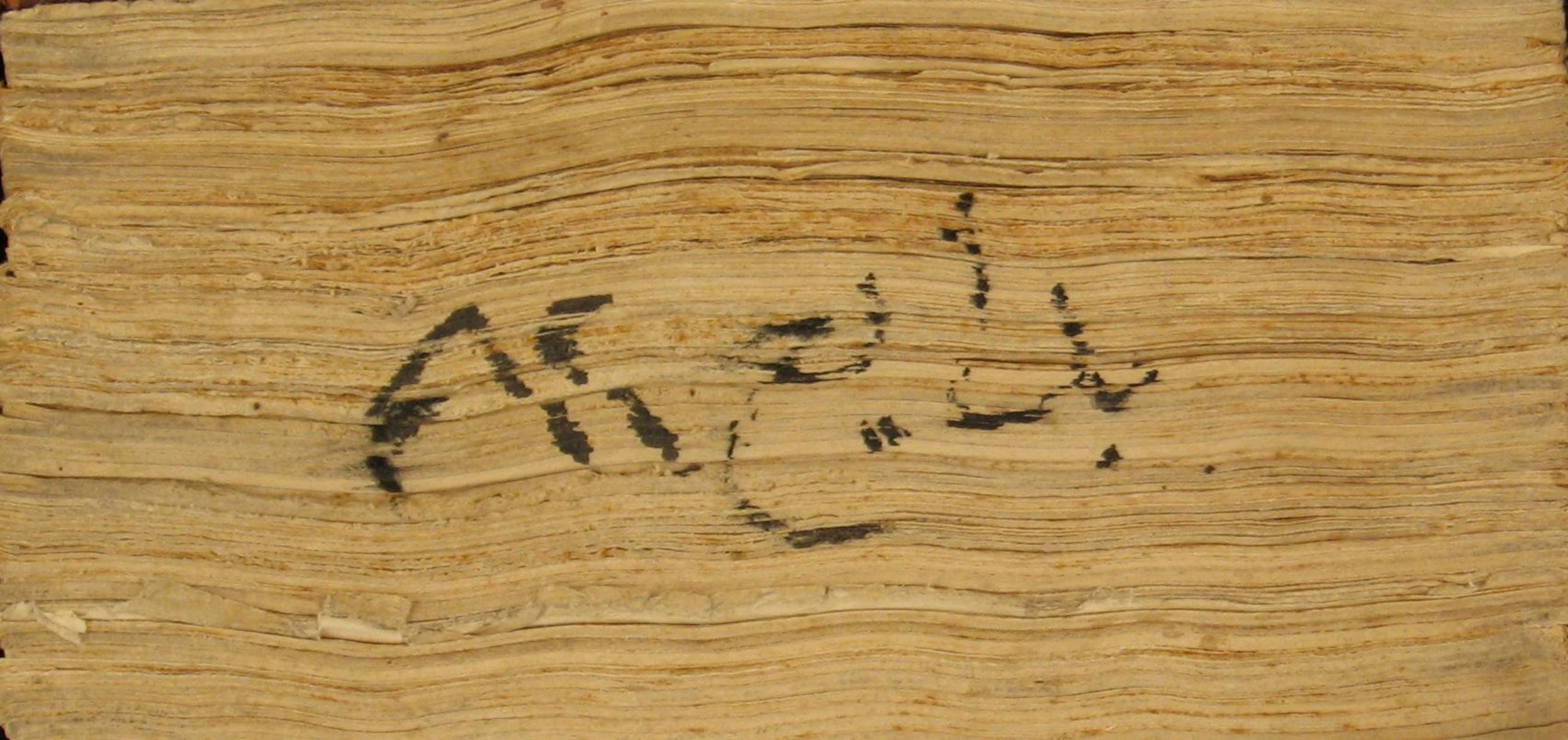

KÖPRÜLÜ KÜT
82

KÖPRÜLÜ KÜT. P.
Hc. Amer.
82



كتاب النكاح ١١٨ — كتاب الطلاق ٢٤٥ — كتاب الظهار ٢٥٣ — كتاب اللعان ٢٦٦ — كتاب الرضاع

كتاب النفقات ٢٨٠ — كتاب الحضانة ٣٠٨ — كتاب العتاق ٣١٣ — كتاب التدبير ٣٨٦ — كتاب الاستيلاد ٣٩٩

كتاب الكتابة ٤١٠ — كتاب الولاء ٤٣٧ — كتاب الاجارة ٤٥٢ — كتاب الاستصناع ٥٠٦ — كتاب الشركة ٥٠٨

كتاب المضاربة ٥٣٢ — كتاب الغصب ٥٦٥ — كتاب السرقة ٥٩٣ — كتاب قطاع الطريق ٦٢٠

تم الجزء الثاني من البدايع





٨٢

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نثق يا رب يسر

كتاب النكاح الكلام في هذا الكتاب في الاصل في اربعة مواضع في بيان صفة النكاح وفي بيان ركن النكاح وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الركن اما الاول فنقول لا خلاف في ان النكاح فرض حالة التوقان حتى ان من تاقت نفسه الى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة فلم يتزوج يأثم واختلفوا فيما اذا لم تتق نفسه الى النساء على التفسير الذي ذكرنا قال نقات القياس مثل داود بن علي الاصفهاني وغيره من اصحاب الظواهر انه فرض عين بمنزلة الصوم والصلاة ونحوهما من فروض الاعيان حتى ان من ه ترك مع القدرة على المهر والنفقة والوطي يأثم وقال الشافعي انه ه مباح كالبيع والشراء واختلف اصحابنا فيه قال بعضهم انه مندوب ومستحب واليه ذهب الكرخي من اصحابنا وقال بعضهم انه فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين بمنزلة الجهاد وصلاة الجنازة ه وقال بعضهم انه واجب ثم القائلون بالوجوب اختلفوا في كيفية الوجوب قال بعضهم انه واجب على سبيل الكفاية كرد السلام ه وقال بعضهم انه واجب عينا عملا بالاعتقاد على طريق التعيين كصدقة الفطر والوتر والاضحية احتج اصحاب الظواهر بظواهر النصوص من نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله فانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وايمائكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن وقوله تناكحوا تكاثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة امر الله تعالى بالنكاح مطلقا والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعا الا ان يقوم الدليل بخلافه ولان الامتناع من الزنا واجب ولا يتوصل اليه الا بالنكاح وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا ضرورة واحتج الشافعي بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم اخبر عن احلال

النكاح

النكاح والتحليل والمباح من الاسماء المترادفة ولانه قال واحل لكم وبقطة لكم تستعمل في المباحات ولان النكاح سبب يتوصل به الى قضاء الشهوة فيكون مباحا كالشراء الجارية للتسري بها وهذا لان اقتضاء الشهوة ايصال النفع الى نفسه وليس يجب على انسان ايصال النفع الى نفسه بل هو مباح في الاصل كالاكل والشرب واذا كان مباحا لا يكون واجبا لما بينهما من التنافي والدليل على ان النكاح ليس بواجب قوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين وهذا خرج مخرج المدح يعني صلوات الله عليه بكونه حصورا والحصور الذي لا يأتي النساء قدرة ولو كان واجبا لما استحق المدح بتركه لان ترك الواجب لان يذم عليه اولى من ان يمدح واصح من قال من اصحابنا انه مندوب اليه ومستحب ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فليصم فان الصوم له وجاء اقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب فدل ان النكاح ليس بواجب ايضا لان غير الواجب لا يقوم مقام الواجب ولان من الصحابة رضي الله عنهم من لم يكن له زوجة ورسول الله صلى الله عليه وسلم على علم منه بذلك ولم ينكر عليه فدل انه ليس بواجب ومنهم من قال انه فرض او واجب على سبيل الكفاية احتج بالاوامر الواردة في باب النكاح والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعا والنكاح لا يحتمل ذلك على طريق التعيين لان كل واحد من آحاد الناس لو تركه لاثم فيحتمل على الفرضية والوجوب على سبيل الكفاية فاشبه الجهاد وصلاة الجنازة ورد السلام ومنهم من قال انه واجب عينا لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين بقوله صيغة الامر المطلقة عن القرينة تحتمل الفرضية و تحتمل الندب والامر دعاء وطلب ومعنى الدعاء والطلب موجود في كل واحد منهما فيوتى بالفعل لا محالة وهو تفسير وجوب العمل ويتعقد على الاعمام ان ما اراده الله تعالى بالصيغة من الوجوب القطعي او الندب فهو حق لانه ان كان واجبا عند الله تعالى يخرج عن العهدة بالفعل فيما من الضرر وان كان مندوبا يحصل له الثواب فكان القول بالوجوب على هذا الوجه اخذا بالثقة والاحتياط واحترازا

تفسير وجوب العم

عن الضرر بالقدر الممكن وانه واجب شرعا وعقلا وعلى هذا الاصل بنى اصحابنا من قال
منهم ان النكاح فرض او واجب لان الاشتغال به مع اداء الفرايض والسنن اولى من
التخلي للنوافل العبادة مع ترك النكاح وهو قول اصحاب الظواهر لان الاشتغال بالفرض
والواجب كيف ما كان اولى من الاشتغال بالتطوع ومنهم من قال انه مندوب ومستحب
فانه يرجح على النوافل من وجوه احدها انه سنة قال النبي صلى الله عليه وسلم
النكاح سنتي والسنن مقدمة على النوافل بالاجماع ولانه توعد على ترك السنة
بقوله من رغب عن سنتي فليس مني ولا وعيد على ترك النوافل والثاني انه
فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وواظب عليه اي داوم وثبت عليه بحيث
لم يخل عنه بل كان يزيد عليه حتى تزوج عددا مما اتيح له من النساء ولو كان
التخلي للنوافل افضل لما فعل لان الانبيا صلوات الله عليهم لا يتركون الافضل
فيما لا حد معلوم عدد له منهم واذا ثبتت افضلية النكاح في حق النبي صلى
الله عليه وسلم ثبتت في حق الامة لان الاصل في الشرايع العموم والخصوص بدليل
والثالث انه سبب يتوصل به الى مقصود وهو مفضل على النوافل لانه سبب
يتوصل الى مقصود وهو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة النفس عن الفواحش
وسبب لصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والكسب والتماس ليجزها عن
ذلك وسبب لحصول الولد الموحد وكل واحد من هذه المقاصد مفضل على النوافل
فكذا السبب الموصل اليه كالجهاد والقضا وعند الشافعي للتخلي للنوافل اولى وحجة
المسئلة ظاهرة لان النوافل مندوب اليها فكانت مقدمة على المباح وما ذكرنا من الادلة
دلايل الاباحة والحل فنحن نقول بموجبها ان النكاح مباح وحلال في نفسه
لكنه واجب لغيره ومندوب ومستحب لغيره من حيث انه صيانة النفس عن
الزنا ونحو ذلك على ما بينا ويجوز ان يكون الفعل الواحد حلالا بجهة واجبا
او مندوبا اليه بجهة واحيانا دلالة في عند اختلاف الجهتين واما قوله تعالى
وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين فا حتمل ان التخلي للنوافل كان افضل
من النكاح في شريعته ثم نسخ ذلك في شريعتنا بما ذكرنا من الدلايل والله اعلم

فصل واما ركن النكاح فهو الايجاب والقبول وذلك بالفاظ مخصوصة

او

او ما يقوم مقام اللفظ فيقع الكلام في هذا اللفظ الفصل في اربعة مواضع احدها
في بيان اللفظ الذي ينعقد النكاح بحروفه والثاني في بيان صفة ذلك اللفظ
والثالث في بيان النكاح هل ينعقد بعاقد واحد او لا ينعقد الا بعاقدين والرابع
في بيان صفة الايجاب والقبول اما بيان اللفظ الذي ينعقد النكاح به بحروفه
فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان النكاح ينعقد بلفظ الانكاح والتزويج
وهل ينعقد بلفظ البيع والهبة والصدقة والتمليك قال اصحابنا رحمهم
الله ينعقد وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ الانكاح والتزويج واحتج بما
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله في النسا فانهن عندكم
عوان اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمته
التي احل الفروج بها في كتابه لفظ الانكاح والتزويج فقط قال الله تعالى
وانكحوا الايامى منكم وقال زوجناكها ولان الحكم الاصلي للنكاح هو الازدواج
والملك يثبت وسيلة الله فوجب اختصاصه بلفظ الهبة فينعقد به
نكاح امته ودلالة الوصف قوله تعالى وامراة مومنة ان وهبت نفسها
للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها منصوبا على قوله يا ايها النبي انا احللنا
لك ازواجك اخبر ان المراة المومنة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله
عليه وسلم عند استنكاحه اياها حلال له وما كان مشروعا في حق النبي صلى
الله عليه وسلم عند استنكاحه اياها حلال له وما كان مشروعا في حق النبي صلى
الله عليه وسلم يكون مشروعا في حق امته هو الاصل حتى يقوم دليل الخصوص
فان قيل قد قام دليل الخصوص ها هنا وهو قوله تعالى خالصة لك من
دون المومنين قالجواب ان المراد منه خالصة لك من دون المومنين
بغير اجر فالخلوص يرجع الى الاجر لا الى لفظ الهبة لوجوه احدها
ما ذكر عقيبه وهو قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم من ازواجهم فدل
ان خلوص تلك المراة له كان بالنكاح بلا مفروض به والثاني انه قال لكي لا يكون عليك
حرج ومعلوم انه لا حرج كان يلحقه في نفس العبارة وانما الحرج في اعطاء البدل
والثالث انه خرج هذا مخرج الامتنان عليه وامته في لفظ الهبة ليست تلك
في لفظة التزويج فدل ان المنة فيما صارت بلا بدل فا تصرف الخصوص اليه ولان

الانعقاد بلفظة الانكاح والتزويج لكونه لفظا موضوعا لحكم اصل النكاح شرعا
ولفظ التمليك موضوع لحكم اخر اصلي للنكاح وهو الملك والله غير مشروع في
النكاح بدون الازدواج فاذا اتى به وجب ان يثبت الملك ويثبت الازدواج
الذي يلازمه شرعا استدلالا لاحد اللفظين بالاخر وهذا لانهما حكمان
متلازمان لم يشرع احدهما بدون الاخر فاذا اثبت احدهما يثبت الاخر ضرورة
ويكون الرضا به رضا بالاخر واما الحديث فنقول بموجبه لكن لم قلتم ان استعمال
الفرج بهذه الالفاظ استعمال بغير كلمة الله فيرجع الكلام الى تفسير الكلمة الذي
كونه قول كلمة الله حيث حكم الله كقوله تعالى ولولا كلمة سبقت من ربك
فلم قلتم ان جواز النكاح بهذه الالفاظ ليس حكم الله تعالى الدليل على ان حكم
الله تعالى ما ذكرنا من الدلائل مع ان كل لفظ جعل علما على حكم شرعي
فهو كلمة الله تعالى واضافة الكلمة الى الله تعالى باعتبار ان الشارع هو الله
تعالى فهو الجاعل للفظ سببا لثبوت هذا الحكم شرعا فكانت كلمة الله تعالى
من هذا الوجه على ان الاستعمال بكلمة الله تعالى لا يبقى الاستعمال الا بكلمة
الله تعالى فكان مسكوتا فلا يصح الاحتجاج به ولا ينعقد النكاح الا بلفظ
الانكاح عند عامة مشايخنا والاصل عندهم ان النكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع
لتمليك العين هكذا روى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى انه قال كل لفظ
يكون في اللغة تمليكا للرقبة يكون في الحر نكاحا وحكى عن الكرخي انه
ينعقد بلفظ الاجارة لقوله تعالى فآتوهن اجورهن سمي الله تعالى المهر
اجرا والاجرا الاجارة فلو لم تكن الاجارة نكاحا لم يكن المهر اجرا وجه قول
العامة ان الاجارة عقد موقت بدليل ان التابيد يبطله والنكاح عقد مويد
بدليل ان التوقيت يبطله ولان الاجارة تمليك المنفعة وبنافع البضع
في حكم الاجزاء والاعيان فكيف يثبت ملك تمليك المنفعة ولا ينعقد بلفظ
الاعارة لان الاعارة اذا كانت اباحة للمنفعة فالنكاح لا ينعقد بلفظ الاباحة
لانعدام معنى التمليك اصلا واذا كانت تمليك المنفعة فالنكاح لا ينعقد الا بلفظ
موضوع لتمليك الرقبة ولم يوجد واختلف المشايخ في لفظ القرض قال

بعضهم

بعضهم لا ينعقد به لانه وضع لاثبات الملك في الدراهم والدنانير التي لا تتعين بالتعيين
والمعقود عليه ها هنا يتعين بالتعيين وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به ملك
في الجملة واما لفظ الوصية فلا ينعقد به عند عامة مشايخنا لان الوصية تمليك
مضاف الى ما بعد الموت والنكاح المضاف الى زمان في المستقبل لا يصح وحكي
عن الطحاوي انه ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة في الجملة وحكى ابو عبد الله
البصري عن الكرخي انه قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بابنتي هذه
الان ينعقد لانه اذا اقتيد بالحال صار مجازا عن التمليك ولا ينعقد بلفظ الاحلال
والاباحة لانه لا يدل على الملك اصلا الا ترى ان المباح له الطعام يتناول له
على حكم ملك المبيح حتى كان له حكم الحجر والمنع ولا ينعقد بلفظ المتعة لانه
لم يوضع للتمليك ولان المتعة عقد ملتوح لما بينا في موضعه ان شاء الله تعالى
ولو اضاف العبد الى الامة بان قال لرجل وهبت امتي هذه منك فان كان الحال
يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر موجلا ومعجلا ونحو ذلك
ينصرف الى النكاح بقرينة الحال وان لم يقم ينصرف الى ملك الرقبة والله اعلم
ثم النكاح كما ينعقد بهذه الالفاظ بطريق الاصالة ينعقد بها بطريق النيابة
بالوكالة والرسالة لان تصرف الوكيل كتصرف الموكل وكلام الرسول كلام المرسل
والاصل في جواز هذه الوكالة في باب النكاح ما روي ان النجاشي زوج رسول
الله صلى الله عليه وسلم عمرو والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وكما ينعقد
النكاح بالعبارة ينعقد بالاشارة ومن الاخرس اذا كانت له اشارة معلومة
وينعقد بالكتابة لان الكتاب من الغايب خطابه والله اعلم واما بيان صيغة اللفظ
الذي ينعقد النكاح به فنقول لا خلاف في ان النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما
عن الماضي والاخر عن المستقبل كما اذا قال رجل لرجل زوجني بنتك او جيتك
خاطبا بنتك او قال جيتك لتزوجني بنتك فقال الاب قد زوجتك او قال لامرأة
اتزوجك على الف درهم فقال تزوجتك على ذلك او قال لها تزوجيني
او انكحيني نفسك فقالت زوجت او انكحت ينعقد استحسانا والقياس
ان لا ينعقد لان لفظ الاستقبال عدة والامر من فروع الاستقبال فلم يوجد

الايجاب الا انهم تركوا القياس بما روى ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فقالوا ان نزوجه
فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امرني ان اخطب اليكم لما خطبت فقالوا
املكت ولم يقبل ان بلالا رضي الله عنه اعاد القبول ولو فعل لقبل ولان الظاهر انه
اراد به الايجاب لان المساومة لا يتحقق في النكاح عادة فكان محمولا على الايجاب
بخلاف البيع فان السوم معتاد فيه فيحمل اللفظ عليه فلا بد من لفظ احدهما يبتدي
به الايجاب والله الموفق واما بيان ان النكاح هل ينعقد بعاقدين فقد اختلف
في هذا الفصل قال اصحابنا رحمهم الله ينعقد بعاقد واحد اذا كانت له ولاية
من الجانبين سواء كانت ولاية اصلية كالولاية الثابتة بالوكالة بان كان العاقد مالكا
من الجانبين كالمولى اذا زوج امته من عبده او كان وليا من الجانبين كالجد اذا زوج
بنت ابنه الصغير من ابن ابنه الصغير والاخ زوج بنت اخته الصغيرة من ابن
اخته الصغير او كان اصلا او وليا كابن العم زوج ابنه عمه من نفسه او وكل رجل
امراة ان تزوج نفسها منه وهذا مذهب اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد النكاح
بعاقد واحد اصلا وقال الشافعي لا ينعقد الا اذا كان وليا من الجانبين ولقب
المسالة ان الواحد هل يجوز ان يقوم بالنكاح من الجانبين ام لا واحد قوارير
والشافعي ان ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو الايجاب والقبول
فلا يقوم الا باثنين كشطري البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة
لان النكاح لا ينعقد الا بولي فاذا كان الولي متعينا فلو لم يجز نكاح الولية لا
منع نكاحها اصلا وهذا لا يجوز وهذه الضرورة منعدمة في الوكيل وجه قوله
قوله تعالى ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب
في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون ان تنكحوهن خرج مخرج
العتاب فيدل على ان الولي يقوم بنكاح وليته وحده اذ لو لم يقم به وحده لم
يكن للعتاب معنى لما فيه من الحاق العتاب بامر لا يتحقق وقوله تعالى وانكحوا
الايامى منكم امر بالانكاح مطلقا من غير فصل بين الانكاح من غيره او من
نفسه ولان الوكيل في باب النكاح ليس بعاقد بل هو سفير عن العاقد و
معبر عنه ولا يد على الزوجين فكانت كعبارة الموكل نصا كلامه كلام

شخصين

شخصين فيصير ايجابه كلاما للمراة كانها قالت زوجت نفسي من فلان وقبوله كلاما للزوج
كانه قال قبلت فيقوم العقد نايبين حكما والثابت حكما ملحق بالثابت حقيقة
واما البيع فالواحد فيه اذا كان وليا يقوم بطرفي العقد كالاب يشتري مال
الصغير لنفسه او يبيع مال نفسه من الصغير او يبيع مال ابنه الصغير
لو يشتري الا اذا كان وكيلا لا يقوم بهما لان حقوق العقد مقتصرة على العاقد
فلا يصير كلام العاقد كلام شخصين ولان حقوق البيع اذا كانت مقتصرة
على العاقد للبيع احكام متضادة من التسليم والقبض والمطالبة فلو تولى طرفي
العقد فصار الشخص الواحد مطالبا ومطالبا ومسلما ومتسلما وهذا
ممتنع والله اعلم واما صفة الايجاب والقبول فهو ان لا يكون احدهما لازما
قبل وجود الاخر حتى لو وجد الايجاب من احد العاقدين كان له ان يرجع
قبل قبول الاخر كما في البيع لانهما جميعا ركن واحد فكان احدهما بعض
الركن والركن على شيئين لا وجود له باحدهما

فصل

واما شرائط
الركن فالنوع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط الجواز والنفاذ وبعضها
شرط اللزوم اما شرط الانعقاد فنوعان نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع
الى مكان العاقد اما الذي يرجع الى العاقد فالعقل فلا ينعقد نكاح المجنون
والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط اهلية التصرف واما البلوغ شرط
النفاذ عندنا لا شرط الانعقاد على ما ذكرنا واما تعدد العاقد فليس بشرط
لانعقاد النكاح خلافا لزفر على ما مر واما الذي يرجع الى مكان العقد فهو
اتحاد المجلس اذا كان العاقد ان حاضرين وهو ان يكون الايجاب والقبول
في مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس لا ينعقد لان الانعقاد عبارة عن
ارتباط احد الشطرين بالاخر فكان التباس وجود هما في مكان واحد الا
ان اعتبار ذلك يودي الى سد باب العقود فجعل المجلس جامعا للشطرين
حكما مع تفرقهما حقيقة للضرورة والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس
فاذا اختلف تفرق الشطران حقيقة وحكما فلا ينتظم الركن واما القبول
فليس من شرائط الانعقاد عندنا وعند الشافعي هو شرط والمسالة مرت في كتاب

شرائط الانعقاد

البيوع مقدم على النكاح

البيوع وعلى هذا يخرج ما اذا كانا وهما يمشيان او يسيران على الدابة وهو على التفصيل الذي ذكرنا في كتاب البيوع وذكرنا الفرق هناك بين المشي والسير على الدابة وبين جريان السفينة هذا اذا كان العاقد الحاضرين فاما اذا كان احدهما غائبا لم ينعقد حتى لو قال امرأة بحضرة شاهدين زوجت نفسي منه لم يجز وان كان القول بحضرة ذينك الشاهدين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينعقد ويتوقف على اجازة الغائب وجه قول ابي يوسف ان كلام الواحد يصلح ان يكون عقدا في باب النكاح لان الواحد في هذا الباب يقوم بالعقد من الجانبين وكما لو كان مالكا من الجانبين او وليا او وكيلا فكان كلامه عقدا لاشطرا كان محتملا للتوقف كما في الخلع والطلاق والعتق على مال وجه قولهما ان هذا شطر العقد حقيقة لانه لا يملك كله لانه لا يملك كله لانعدام الولاية وشطر العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبيع وهذا لان الشطر لا يحتمل التوقف حقيقة الا ان الوقوف في الاصل على خلاف الحقيقة لصدوره عن الولاية على الجانبين فيصير كلامه بمنزلة كلامين وشخصه كشخصين حكما فاذا انعدمت الولاية فلا ضرورة الى تغيير الحقيقة فلا يقف بخلاف الخلع لانه من جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المرأة وانه يمين فكان عقدا تاما ومن جانب المرأة معاوضة فلا يحتمل التوقف كالبيع وكذلك الطلاق والاعتاق على مال ولو ارسل الكتاب رسولا او كتب اليها بذلك فكتبا فقالت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب جاز ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى لان كلام الرسول كلام المرسل لانه ينقل عبارة المرسل وهذا الكتاب بمنزلة الخطاب من الغائب فكان سماع قول الرسول وقراءة الكتاب سماع قول المرسل وكلام الغائب معنى وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب سماع لا يجوز عندهما وعند ابي يوسف اذا قالت زوجت نفسي يجوز وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما وعند ابي يوسف اذا قالت زوجت نفسي بناء على ان قولها زوجت نفسي شطر العقد عندهما والشهادة في شطري العقد شرط لانه يصير

عقدا

عقدا بالشطرين واذا لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب فلم توجد الشهادة على العقد وقول الزوج بالقراءة عقد عنده وقد حضر الشاهدان وعلى هذا الخلاف الفضولي الواحد من الجانبين بان قال رجل زوجت فلانة من فلان وهما غائبان لم ينعقد عندهما حتى لو بلغهما الخبر فاجازا لم يجز وعنده ينعقد ويجوز بالاجازة ولو قال فضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فقبل فضولي اخر عن الزوج ينعقد بلا خلاف بين اصحابنا حتى اذا بلغهما الخبر فاجازا جاز ولو نسخ الفضولي العقد قبل اجازة من وقف العقد فاجازة من وقف العقد على اجازته صح الفسخ في قول ابي يوسف وعند محمد لا يصح وجه قول محمد انه بالفسخ متصرف في حق غيره ودلالة ذلك ان العقد قد انعقد في حق المتعاقدين وتعلق به حق من وقف على اجازته لان الحكم عند الاجازة يثبت بالعقد السابق فكان هو بالفسخ متصرفا في محل تعلق به حق الغير فلا يصح فسخه بخلاف الفضولي اذا باع ثم فسخ قبل اتصال الاجازة به انه يجوز لان الفسخ هناك تصرف دفع الحقوق عن نفسه لان عند الاجازة يتعلق حقوق العقد بالوكيل فكان هو بالفسخ دافعا الحقوق عن نفسه فيصح كالمالك اذا اوجب النكاح او البيع انه يملك الرجوع قبل قبول الاخر هكذا قلنا هذا وجه قول ابي يوسف ان العقد قبل الاجازة غير منعقد في حق الحكم وانما العقد في حق المتعاقدين فقط فكان الفسخ منه قبل الاجازة تصرفا في كلام نفسه بالنقض فجاز كما في البيع

فصل

واما شرائط الجواز والنفاذ فانواع منها ان يكون العاقد بالغا فان نكاح الصبي العاقل وان كان منعقدا على اصل اصحابنا فهو غير نافذ بل نفاذه موقوف على اجازة وليه لان نفاذ التصرف لا يثبت على وجه المصلحة والصبي لقلة تأمله بالاشتغال باللهو واللعب لا يقف على ذلك فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف على اجازة وليه ولا يتوقف على بلوغه حتى لو بلغ قبل ان يجيزه الولي لا ينفذ بالبلوغ لان العقد انعقد موقوفا على اجازة الولي ورضاه يسقط اعتبار رضى الولي شرعا وبالبلوغ زالت ولاية الولي فلا ينفذ ما لم يجزه بنفسه وعند الشافعي لا ينعقد تصرفات

تزويج الفضولي الواحد من الجانبين

شرائط الجواز

له

الصبي اصلا بل هو باطله وقد ذكرنا المسئلة في كتاب المأذون وسببها ان يكون
حرا فلا يجوز نكاح مملوك بالغ عاقل الا باذن سيده والاصل فيه قوله عليه
السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والكلام في هذا الشرط يقع
في مواضع في بيان ان اذن المولى شرط جواز نكاح المملوك لا يجوز من
غير اجازته وفي بيان ما يكون اجازة له وفي بيان ما يملكه من النكاح
بعد الاذن وفي بيان حكم المهر في نكاح المملوك لا يجوز من غير اجازته
اما الاول فلا يجوز نكاح مملوك بغير اذن مولاه وان كان عاقلا بالغا سواء
كان قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا اما مكاتبة اما العبد فان كان امة فلا
يجوز نكاحها بغير اذن سيدها بلا خلاف لان منافع بضعها مملوكة لسيدها
ولا يجوز التصرف في ملك الغير بغير اذنه وكذلك المدبرة وام الولد لما قلنا
وكذلك المكاتبة لانها ملك المولى رقبة وملك المتعة يتبع ملك الرقبة الا
انه يمنع من الاستمتاع لزوال ملك اليد وفي الاستمتاع اثبات ملك اليد لا
من الحاية انما يجوز فترد الى الرق فتعود قنة كما كانت فيتبين ان نكاحها
صادف ملك المولى فلم يصح وان كان عبدا فلا يجوز نكاحه عند عامة العلماء
وقال مالك يجوز وجه قوله ان منافع بضع العبد لا يدخل تحت ملك المولى
فكان العبد فيها مبقى على اصل الحرية والمولى اجنبيا عنها فيملك النكاح
كالحر بخلاف الامة لان منافع بضعها ملك المولى فمنعت من التصرف فيها بغير
اذنه ولنا ان العبد بجميع اجزائه ملك المولى لقوله تعالى ضرب لكم مثلا من انفسكم
هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركاء فيما رزقناكم فانتم فيه سواء تخبران العبد
ليس بشريك فيما رزق السادات ولا بسواء في ذلك ومعلوم انه ما اراد به
الشركة في المنافع لان شركاءهم فيما دون الله اراد به في حقيقة الملك ولقوله
تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والعبد اسم لجميع اجزائه
ولان سبب الملك اضيف الى كله فيثبت الملك في كله الا انه منع من الانتفاع
ببعض اجزائه بنسبه وهذا لا يمنع ثبوت الملك له كالامة المجوسية ومهر
وكذلك المأذون في التجارة لانه عبد مملوك ولانه كان محجورا قبل الاذن

بالتجارة

بالتجارة والنكاح ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة
البضع بالمال والدليل عليه ان المرأة اذا زوجت نفسها على عبد تزوجي ان
يكون العبد للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل
البضع للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع
للتجارة كالبيع فكان هو بالنكاح متصرفا في حق مولاه فلا يجوز كما لا يجوز
نكاح الامة والدليل عليه قوله تعالى لا يقدر على شيء ومعلوم انه ما اراد به
القدرة الحقيقية لانها ثابتة له فبقيت القدرة الشرعية وهي اذن المولى
واطلاقه فكان نفي القدرة الشرعية نفيا للاذن والاطلاق ولا يجوز اثبات
التصرف الشرعي بغير اذن الشرعي وكذلك المدبر لانه عبد مملوك وكذلك
المكاتب لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولانه كان محجورا عن التزوج قبل الكتابة وعند الكتابة ما ازداد الا حاجة
مما يتوصل به الى اداء بدل الكتابة وهو الكسب والتزوج لا يوصله الى ذلك بل يلزمه
الغرامة فيبقى في النكاح على اصل الحجر واما مكاتب البعض فلا يجوز نكاحه
عند ابي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب وعند ابي يوسف ومحمد يجوز لانه حر
عليه دين عندهما ولو تزوج بغير اذن المولى واحد ممن ذكرنا انه لا يجوز
تزويجه الا باذن المولى ثم اذا اجاز المولى النكاح جاز لان العقد صدر من
الاهل في المحل الا انه امتنع النفاذ لحق المولى فاذا اجاز فقد زال المانع فينفذ
ولا يجوز للعبد ان يتسري وان اذن له مولاه لان حل الوطء لا يثبت الا
باحد الملكين لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الآية ولم يوجد
احدهما وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يتسري العبد ولا يتسرى
مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب شيئا الا الطلاق وهذا نص واما بيان ما يكون
اجازة فالاجازة قد تثبت بالنص وقد تثبت بالدلالة اما النص
نحو التصريح بلفظ الاجازة وما يجري مجراها كقوله بقول اجزت او
رضيت او اذنت ونحو ذلك مما يدل على الرضا ولو قال طلقها او
فارقها لم يكن اجازة لان قوله طلقها او فارقها يحتمل حقيقة الطلاق

نكاح معتق البعض

تسري العبد

ما يدل على الاجازة

والمفارقة ويحمل المتاركة لان المتاركة في النكاح الفاسد والنكاح الموقوف
سيحي طلاقا او مفارقة فوقع الشك والاحتمال في ثبوت الاجازة
فلا يثبت بالشك والاحتمال ولو قال لطلقتها تطليقة ملك الرجعة فهو
اجازة لارتفاع التردد اذ لا مراجعة في المتاركة في النكاح الموقوف واما
الضرورة فنحو ان يعتق العبد او الامة فيكون الاعتاق اجازة ولو اذن
بالنكاح لم يكن الاذن بالنكاح اجازة ووجه الفرق بينهما من وجهين
احدهما انه لو لم يجعل الاعتاق اجازة لكان لا يخلوا اما ان يبطل النكاح
الموقوف واما ان يبقى موقوفا على الاجازة لا سبيل الى الاول لان النكاح
صدر من الاهل في المحل فلا يبطل الا بطلاق منه ولا ولاية الابطال ولم
يوجد ولا وجه للثاني لانه لو بقي موقوفا فاما ان يبقى موقوفا على
اجازة المولى او على اجازة العبد لا وجه الى الاول لان ولاية الاجازة لا
تثبت الا بالملك وقد زال بالاعتاق ولا وجه للثاني لان العقد وجد من
العبد فكيف يتوقف نفوذه على اجازته واذا بطلت هذه الاقسام
فليس ها هنا قسم اخر لزم ان يجعل الاعتاق اجازة ضرورة وهذه
الضرورة لم توجد في الاذن بالنكاح والثاني ان استمرار النفاذ مع
صدور التصرف من الاهل في المحل لقيام حق المولى وهو الملك نظرا له
ودفعا للضرر عنه وقد زال ملكه بالاعتاق فزال المانع من النفوذ والاذن
بالتزوج لا يوجب زوال المانع وهو الملك لكنه بالاذن اقامه مقام نفسه
في النكاح كانه هو تم ثبوت الاهلية والولاية له لم يكن اجازة مالم
يجز فكذا العبد ثم اذا لم يكن نفس الاذن من المولى بالنكاح اجازة
لذلك العقد فان اجازة العبد جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز
وان اجازه وجه القياس انه ماذون بالعقد والاجازة مع العقد
متغايران اسما وصورة وشرطا اما الاسم والصورة فلا سئل عن تغايرهما
واما الشرط فلان محل العقد المعقود عليه ومحل الاجازة نفس العقد وكذا
الشهادة شرط العقد لا شرط الاجازة والاذن باحد المتغايرين لا يكون

بالاخر وجه الاستحسان ان العبد اتى ببعض ما هو ماذون فيه فكان متصرفا
عن اذن له بعقد نافذ فكان ماذونا باصل العقد ووصفه هو النفاذ وقد
حصل النفاذ فيحصل وكهذا الزوج فضولي هذا العبد امراة بغير اذن
المولى فاجاز العبد نفذ العقد دل على ان تنفيذ العقد بالاجازة ماذون
فيه من قبل المولى فينفذ باجازته ثم اذا نفذ النكاح بالاعتاق وهي امة
فلا خيار لها لان النكاح نفذ بالعتق والاعتاق لم يصادفها وهي منكوحة
والمهر لها ان لم يكن الزوج دخل بها قبل الاعتاق وان كان قد دخل بها قبل
الاعتاق فالمهر للمولى هذا اذا اعتقها وهي كبيرة فاما اذا كانت صغيرة فا
عتقها فان الاعتاق لا يكون اجازة ويبطل العقد عند زفر وعند ما يبقى موقوفا
على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة وان كانت لها عصبة يتوقف على
اجازة العصبة ويجوز باجازة العصبة ثم ان كان المجيز غير الاب والجد فلما
خيار الادراك لان العقد ينفذ عليها في حالة الصغر وهي حرة وان كان المجيز
ابوها او جدها فلا خيار لها ولو مات المولى قبل الاجازة فان ورثها من يحل له
وطيئها بطل النكاح الموقوف لان المحل الناقد قد طرى على الموقوف لوجود
سبب الحل وهو الملك قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على
ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين ومن ضرورة ثبوت الحل له
ارتفاع الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيئها بان كان الوارث ابن الميت
وقد وطيها ابوه او كانت الامة اخته من الرضاع او ورثها جماعة فللوارث
الاجازة لانه لم يوجد طريان الحل الموقوف على حاله وكذلك اذا باعها المولى
قبل الاجازة فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الوارث وعلى هذا قالوا فيمن تزوج
جارية غيره بغير اذنه ووطيها ثم باعها المولى من رجل ان للمشتري الاجازة
لان وطي الزوج يمنع حل الوطي للمشتري واما العبد اذا تزوج بغير اذن المولى
فمات المولى او باعه قبل الاجازة فللوارث والمشتري الاجازة لانه لا يتصور
حل الوطي هاهنا فلم يوجد طريان حل فبقي الموقوف على حاله وهذا الذي
ذكرنا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز باجازة الوارث والمشتري بل

فروع

بيع الجارية المزوجة بدون الاذن

تزوج العبد بدون الاذن

يبطل والاصل فيه ان العقد الموقوف على اجازة انسان يحتمل الاجازة ه
من قبل غيره عندنا وعنده لا يحتمل وجه قوله ان الاجازة انما تلحق
الموقوف لا عما تنفيذ الموقوف انما يلحقه على الوجه الذي وقف وانما
وقف على الاول لا على الثاني فلا يملك الثاني تنفيذه ولنا انه انما وقف على
اجازة الاول لان الملك له وقد صار الملك للثاني فتنتقل الاجازة الى الثاني
وهذا لان المالك يملك انشاء النكاح باصله ووصفه وهو النفاذ فلان
يملك تنفيذ النكاح الموقوف وانه اثبات الوصف دون الاصل اولى ولو
زوجت المكاتبة نفسها بغير اذن المولى حتى وقف على اجازته فاجازها
نفذ العقد ولا خيار فيه لما ذكرنا في الامة العتقة وكذلك اذا ادت فعتقت
وان عجزت فان كان بضعها حل للمولى يبطل العقد وان كان لا يحل بان
كانت اخته من الرضاع او مجوسية وقف على اجازته ولو كان المولى هو
الذي عقد عليهما بغير رضاها حتى وقف على اجازتها فاجازت جاز العقد
وان ادت فعتقت او اعتقها المولى يوقف العقد على اجازتها ان كانت كبيرة
وان كانت صغيرة فيتوقف على ما ذكرنا من الاختلاف في الامة يتوقف على اجازة
المولى عندنا اذا لم يكن لها عصبة غير المولى فان كان فاجاز جاز
واذا ادركت فلها خيار الادراك اذا كان المجبر غير الاب والجد على ما بينا
وان لم يعتقها حتى عجزت بطل العقد ان كان بضعها حل للمولى وان كان
لا يحل له فلا يجوز الا باجازته واما بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن
فنقول اذا اذن المولى للعبد بالتزوج فلا يخلو اما ان خص الاذن بالتزوج واما ان عمم فان خص بان قال له تزوج امراة لان قوله امراة
اسم لواحدة من هذا الجنس وان عم بان قال تزوج من شئت من النسا
جاز له ان يتزوج ثنتين ولا يجوز له ان يتزوج باكثر من ذلك لانه اذن
له بنكاح ما شاء من النسا بلفظ الجمع فينصرف الى جميع ما يملكه العبد من
النسا وهو التزوج باثنتين قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتزوج العبد
اكثر من اثنتين وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم روي عن الحاكم

الله

الله قال اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم ان العبد يجمع
النسا فوق اثنتين ولان مالكية النكاح تستفاد بكمال الحال لا عما من باب الولاية
والعبد انقص حالا من الحر فيظهر اثر النقصان في عدد المملوك له في النكاح
كما ظهر اثره في القسم والطلاق والحدود وغير ذلك وهل يدخل
تحت الاذن بالتزوج النكاح الفاسد قال ابو حنيفة رحمه الله يدخل
حتى لو تزوج العبد امراة نكاحا فاسدا ودخل بها لزمه المهر في الحال
وقال ابو يوسف ومحمد لا يدخل ويتبع بالمهر بعد العتق وجه قولهما
ان عرض المولى من الاذن بالنكاح هو حل الاستمتاع ليحصل به عفة العبد
من الزنا وهذا لا يحصل بالنكاح الفاسد لانه لا يفيد الحل فلا يكون مرادا
من الاذن بالتزوج ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى النكاح الصحيح
حتى لو نكح نكاحا فاسدا لا يحنث كذا هذا ولابي حنيفة ان الاذن بالتزوج
مطلق فينصرف الى الصحيح والفاسد كالاذن بالبيع مطلقا وفي مسئلة
اليمين انما لم ينصرف لفظ النكاح الى الفاسد لقرينة عرفية لان الايمان محمولة
على العرف والعادة والمتعارف والمعتاد مما يقصد باليمين الامتناع عن الصحيح
لا الفاسد لان فساد المحلوف عليه يكفي مانعا من الاقدام عليه فلا حاجة الى
الامتناع باليمين والدليل على صحة هذا التخريج ان يمين الحالف لو كانت على
فعل في الماضي ينصرف الى الصحيح والفاسد جميعا ويتفرع على هذا انه
اذا تزوج امراة نكاحا فاسدا ثم اراد ان يتزوج اخرى نكاحا صحيحا
ليس له ذلك عند ابي حنيفة لان الاذن انتهى بالنكاح الفاسد وعندهما
له ذلك لان الاذن قد بقي ولو اذن له بنكاح فاسد فنكحا ودخل بها يلزمه
المهر في الحال في قولهم جميعا اما على اصل ابي حنيفة فظاهر واما على اصلهما
فلان الصرف الى الصحيح لضرب دلالة اوجبت الصرف اليه فاذا انتفت
بطلت الدلالة والله الموفق واما بيان حكم المهر في نكاح المملوك فنقول
ان كانت الاجازة قبل الدخول بالامة لم يلزم الزوج الا مهر واحد وان كانت
بعد الدخول بها فالقياس ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل الاجازة

الطلاق بالتزوج

حكم المهر في نكاح المملوك

ومهرها باجازته وجه القياس انه وجد سبب وجوب مهر بن احدهما الدخول لان الدخول في النكاح الموقوف دخول في نكاح فاسد وهو بمنزلة الدخول في نكاح فاسد وذا يوجب المهر كذا هذا والثاني النكاح لان النكاح قد صح بالاجازة وللاستحسان وجهان احدهما ان النكاح كان موقوفا على اجازة كنكاح الفضولي والعقد الموقوف اذا اتصلت به الاجازة يستند الاجازة الى وقت العقد واذا استندت الاجازة صار كانه عقده باذنه اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق فلا يجب الا مهر واحد والثاني ان مهر المثل لو وجب لكان لوجوبه تعلقا بالعقد لانه لولاه لكان التعلق زنا ولكان الواجب هو الحد لا المهر وقد وجب المسمى بالعقد فلو وجب به مهر المثل ايضا لوجب بالعقد واحد مهران وانه ممتنع ثم كل ما وجب من مهر الامة فهو للمولى سواء وجب بالعقد او بالدخول وسواء كان المهر مسمى او مهر المثل وسواء كانت الامة قنة او مدبرة او ام ولد الا المكاتبة والمعتقة بعضها فان المهر لهما لان المهر وجب عوضا عن المنفعة وهي منافع البضع ثم ان كانت منافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان فعوضها يكون للمولى كالارش وان كانت منفاة على حقيقة التقوم فبدلها يكون للمولى ايضا كالاجر بخلاف المكاتبة لان هناك الارش والاجر لها فكان المهر لها ايضا وكل مهر لزم العبد فان كان قنا والنكاح باذن المولى يتعلق برقبته وكسبه بيانه فيما لم يكن له كسب عندنا لانه لا دين ثابت في حق العبد ظاهرا في حق المولى وشر هذا يتعلق برقبة العبد على اصل اصحابنا رحمهم الله والسلة مرت في كتاب الماذون وان كان مدبرا او مكاتبا فانهما يستويان في المهر فيستوي من كسبهما ليتعذر الاستيفاء من رقبتهما بحر وهما عن احتمال البيع بالتدبير والكتابة وما لزم العبد من ذلك بغير اذن المولى اتبعوا به بعد العتق لانه دين تعلق بسبب لم يظهر في حق المولى فاشبه الدين الثابت باقرار العبد المحجور انه لا يلزمه للحال ويتبع به العتاق لما قلنا كذا هذا والله اعلم ومنها

مهر الامة للمولى

الولاية

شرط الولاية

انواع في النكاح اربعة

الملك المطلق

الولاية في النكاح فلا تثبت انكاح من لا ولاية له والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان انواع الولاية وفي بيان سبب ثبوت كل نوع وفي بيان شرط ثبوت كل نوع وما يتصل به اما الاول فالولاية في باب النكاح انواع اربعة ولاية الملك وولاية القرابة وولاية الولاء وولاية الامامة اما ولاية الملك فسبب ثبوتها الملك لان ولاية الانكاح ولاية نظر والمالك ادعى الى الشفقة والنظر في حق المملوك فكان سببا لثبوت الولاية ولا ولاية للمملوك لعدم الملك له اذ هو مملوك في نفسه فلا يكون مالكا واما شرائط ثبوت هذه الولاية فمنها عقل المالك ومنها بلوغه فلا يجوز الانكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل ولا من الصبي العاقل لانهم ليسوا من اهل الولاية لان اهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولى عليه وذلك بكمال الرأي والعقل ولم يوجد الا تري انه لا ولاية لهم على انفسهم فكيف يكون على غيرهم ومنها الملك المطلق وهو ان يكون المولى عليه مملوكا للمالك رقبة ويدا وعلى هذا يخرج انكاح الرجل امته او مدبرته او ام ولده او عبده او مدبره الله جائز سواء رضي به المملوك اولا ولا يجوز انكاح المكاتب والمكاتبة الا برضاهما اما انكاح الامة والمدبرة وام الولد فلا خلاف في جوازه صغيرة كانت او كبيرة واما انكاح العبد فان كان صغيرا يجوز وان كان كبيرا فقد ذكر في ظاهر الرواية انه يجوز من غير رضاه وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز الا برضاه وبه اخذ الشافعي وجه هذه الرواية ان منافع بضع العبد لم يدخل تحت ملك المولى بل هو اجنبي عنها والانسان لا يملك التصرف في ملك غيره من غير رضاه ولهذا لا يملك انكاح المكاتب والمكاتبة بخلاف الامة لان منافع بضعها مملوكة للمولى ولان نكاح المكره لا يعد بما وضع له من المقاصد المطلوبة منه لان حصولها بالدوام على النكاح والقرار عليه ونكاح المكره لا يدوم بل يزيله العبد بالطلاق فلا يفيد فائدته وجه ظاهر الرواية قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم امر المولى بانكاح العبيد والامة مطلقا عن شرط الرضا فمن شرط يحتاج الى الدليل ولان انكاح المملوك من المولى تصرف لنفسه

لان مقاصد النكاح ترجع اليه فان الولد في انكاح الامة له وكذا في انكاح امته من
عبده ومنفعة العفة عن الزنا الذي يوجب نقصان مالية مملوكة يحصل
له ايضا فكان هذا الانكاح تصرفا لنفسه ومن تصرف في ملك نفسه
لنفسه ينفذ ولا يشترط فيه رضى المتصرف فيه كما في البيع والاجارة
وسائر التصرفات ولان العبد ملكه بجميع اجزايه مطلقا لما ذكرنا من
الدلايل فيما تقدم ولكل مالك ولاية التصرف في ملكه اذا كان التصرف
مصلحة وانكاح العبد مصلحة في حقه لما فيه من صيانته عن التعطل
بواسطة الصيانة عن الزنا وقوله منافع بضع العبد غير مملوكة لسيده
ممنوع بل هي مملوكة الا ان المولي يمنع من استيفايها لما فيه من الفساد وهذا
لا يمنع ثبوت الملك كالجارية المجوسية والاخت من الرضاعة انه يمنع المولي
من الاستمتاع بها مع قيام الملك كذا هذا والملك المطلق لم يوجد في المكا
لزوال ملك اليد بالكتابة حتى كان احق باكسابه ولهذا لم يدخل تحت
مطلق اسم المملوك في قوله كل مملوك لي فهو حر الا بالنية فقيام ملك
الرقبة ان اقتضى ثبوت الولاية فانعدام ملك اليد يمنع من الثبوت ولا تثبت
الولاية بالشك ولان في التزويج من غير رضى المكاتب ضررا لان المولي يعجد
الكتابة جعلها احق بمكاسبه ليتوصل بها الى شرف الحرية فالتزويج من
غير رضاه يوجب تعلق المهر والنفقة بكسبه فلا يصل الى الحرية فيتضرر
به فشرط رضاه دفعا للضرر عنه وقوله لا فايدة في هذا النكاح ممنوع
فان في جميع كل فحل الثوقان الى النسا فالظاهر هو اقتضا الشهوة خصوصا
عند عدم المانع وهو الحرمة وكذا الظاهر من حال العبد الامتناع من نقص
تصرف المولي احتراما له فيبقى النكاح فيفيد فايدته والله الموفق واما
ولاية القرابة فسببه ثبوتا هو اصل القرابة وداعيا لاكمال القرابة ولان
الكمال شرط التقدم على ما ذكر وهذا عندنا صحابنا وعند الشافعي السبب
هو القرابة في القريبة وهي قرابة الولادة وعلى هذا مبني ان لغير الاب
والجد لا اخ والعم ولاية النكاح عندنا خلافا له واحتج بما روي عن

رسول

رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح العمة اليتيمة حتى تستامر وخصه
اسم اليتيمة الصغيرة لغة وقال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم
نهى عن انكاح اليتيمة وندبة الى غاية الاستيمار ولا يصير اهلا للاستيمار
والا بعد البلوغ فيضمر البلوغ كانه قال حتى يبلغ فيستامر ولان
النكاح عقد اضرار من جانب النسا لما ذكرنا في مسئلة انكاح الثيب البالغة
ومثل هذا التصرف لا يدخل تحت ولاية الولي كالطلاق والعتاق والهبة
وغيرها الا انه يثبت الولاية للاب والجد بالنص والاجماع لكمال شفقتهما
وشفقة غير الاب والجد قاصرة وقد اثر التقصير في صرف ولاية التصرف
في المال لا احياء وسلب ولاية اللزوم عندكم فتقصر الالحاق ولنا قوله
تعالى وانكحوا الايامى منكم وهذا خطاب لكافة المومنين لانه بناء على قوله
تعالى وتوبوا الى الله جميعا ايها المومنون لعلكم تفلحون ثم خص منهم
الاحاد فبقيت الاقارب تحت الامر خص بدليل ولان سبب ولاية
التضمن في الاب والجد هو مطلق القرابة لا القرابة القريبة وانما
قرب القرابة سبب زيادة الولاية وهي ولاية الالزام لان مطلق
القرابة حاصل على اصل الشفقة اعني شفقة زايدة على شفقة الجنس
وشفقة الاسلام وهي داعية الى تحصيل النظر في حق المولي عليه
وشرطها عجز المولي عليه عن تحصيل النظر بنفسه مع حاجته الى
التحصيل لان مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والكفو عزيز الوجود
فيحتاج الى احرازه للحال لا سيما المصالح بعد البلوغ وفايدتها
وقوعها وسلبة الى ما وضع له النكاح وكل ذلك موجود في انكاح
الام والعم فيتنفذ الا انه لم يلزم تصرفه لانعدام شرط اللزوم
وهو قرب القرابة ولم يثبت له ولاية التصرف في المال لعدم الفايدة
لانه لا سبيل الى العود لما لزم لان قرابة غير الاب والجد ليست
ملزمة ولا سبيل الى العود بالنفاذ بدون اللزوم لانه لا يفيد اذ
المقصود من التصرف في المال وهو الربح لا يحصل الا بتكرار التجارة

ولا يحصل ذلك مع عدم اللزوم لانه اذا اشتري شيا يحتاج الي
ان يمسكه الي وقت البلوغ فلا يحصل المقصود فسقطت ولاية التصرف
في المال بطريق الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في الانكاح فيثبت
ولاية الانكاح واما الحديث فالمراد منه اليتيمة البالغة بدلالة الاستيمار
وهذا وان كان مجازا ولكن فيما ذكره ايضا اضمار فوقعت المعارضة فسقط
الاحتجاج به او نحمله علي ما قلنا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن
التناقض ثم اذا زوج الصغير او الصغيرة فلهما الخيار اذا بلغا عند ابي
حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا خيار لهما وتذكر المسئلة في شرائط
اللزوم ان شاء الله تعالي واما شرائط ثبوت هذه الولاية فنوعان في
الاصل نوع هو شرط ثبوت اصل الولاية ونوع هو شرط التقدم اما
شرائط اصل الولاية فانواع بعضها يرجع الي الولي فانواع منها عقل
الولي وسنها بلوغه وبعضها يرجع الي الولي عليه وبعضها يرجع الي نفس
التصرف اما الذي يرجع الي الولي فانواع منها عقل الولي وسنها
بلوغه فلا تثبت الولاية للمجنون والصبي لانهما ليسا من اهل الولاية
لما ذكرنا في ولاية الملك ولهذا لم تثبت لهما الولاية علي نفسهما فانهما
اقرب اليهما فلان لا تثبت علي غيرهما اولي وسنهما ان يكون ممن ترث
الزوج لان سبب ثبوت الولاية والوراثة واحد وهو القرابة فكل من
يرثه يلي عليه ومن لا فلا وهذا يطرد علي اصل حنيفة خاصة وينعكس
عند الكل ويخرج عليه مسايل تنقول الا ولاية للمملوك علي احد
لانه لا يرث احدا ولان المملوك ليس من اهل الولاية الا تري انه لا
ولاية له علي نفسه ولان الولاية تبتني علي الملكية والشخص الواحد
لا يكون مالكا ومملوكا في زمان واحد ولان هذه ولاية نظر ومصلحة
ومصالح النكاح لا يوقف عليها الا بالتامل والتدبر والمملوك لاشتغاله
بخدمة مولاه لا يتفرغ للتامل والتدبر فلا يعرف كون انكاحه مصلحة
والله الموفق ولا ولاية للمرتد علي احد لا علي مسلم ولا علي كافر

ولا

شرط الولاية

ولاية للمرتد مطلقا

ولا علي مرتد مثله لانه لا يرث احدا ولا ولاية له علي نفسه حتي لا يجوز ١٢
نكاحه لاحد لا مسلم ولا كافر ولا مرتد مثله فلا تكون له ولاية علي غيره
ولا ولاية للكافر علي المسلم لانه لا ميراث بينهما قال صلي الله عليه وسلم
لا يتوارث اهل ملتين شتي ولان الكافر ليس من اهل الولاية
علي المسلم لان الشرع قطع ولاية الكفار علي المسلمين قال الله
تعالي ولن الله يجعل الله للكافرين علي المومنين سبيلا وقال
صلي الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلي ولان اثبات الولاية
للكافر علي المسلم يشعر بدلال المسلم من جهة الكافر وهذا لا يجوز
ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر وكذلك ان كان الولي مسلما والمولي
عليه كافرا ولا ولاية له عليه لان المسلم لا يرث الكافر كما ان الكافر لا يرث المسلم
قال النبي صلي الله عليه وسلم لا يرث المومن الكافر ولا الكافر المومن الا ان ولد
المرتد ان كان مومنا صار مخصوصا عن النص واما اسلام المولي فليس
بشرط لثبوت الولاية في الجملة فيلي الكافر علي الكافر لان الكفر لا يقدح
في الشفقة الباعثة علي تحصيل النظر في حق المولي عليه ولا في الوراثة
فان الكافر يرث ولهذا كان من اهل الولاية علي نفسه فكذا علي غيره وقال
الله تعالي والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وكذا العدالة ليست بشرط
لثبوت الولاية عندا صحابنا وللفاسق ان يزوج ابنه وابنته الصغيرين
وعند الشافعي شرط وليس للفاسق ولاية التزويج واحتج بما روي
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي مرشد بن
والمرشد بمعني الرشيد كالمصلح بمعني الصالح والفاسق ليس
برشيد ولان الولاية من باب الكرامة والفسق سبب الاهانة ولهذا
لم يقبل شهادته ولنا قوله تعالي وانكحوا الايامي منكم وقوله صلي الله
عليه وسلم زوجوا ايامكم الاكفاء من غير فصل ولنا اجماع الامة ايضا فان
الناس عن اخرهم عامتهم وخاصتهم من لدن رسول الله صلي الله
عليه وسلم الي يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من احد

خصوصا الاعراب والاكراد والاتراك ولان هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح
في القدرة على تحصيل النظر وفي الداعي اليه وهو الشفقة وكذا الايقدح
في الولاية فلا يقدح في الولاية كالعدل ولان الفاسق من اهل الولاية على
نفسه فيكون من اهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته
لانه من احد نوعي الولاية وهو ولاية الملك حتى يزوج امته فيكون
من اهل النوع الاخر واما الحديث فقد قيل انه لم يثبت بدون هذه الزيادة
فكيف يثبت مع الزيادة ولو ثبت فنقول موجبه والفاسق مرشد
لانه يرشد غيره لوجود الة الارشاد وهو العقل فكذا هذا بقي الولاية
للمجنون وبه نقول ان المجنون لا يصلح وليا والمحدود في القذف اذا تاب
قبله ولاية النكاح بلا خلاف لانه اذا تاب فقد صار عدلا وان لم يتب
فهو على الاختلاف لانه فاسق والله الموفق واما كون الولي من العصبات
فليس هو شرط لثبوت الولاية ام لا فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام
فيه انه لا خلاف في ان للاب والجد ولاية النكاح الا شيء حكي عن عثمان
البتي ومن شبرمة انهما قالا ليس لهما ولاية التزويج وجه قولهما
ان حكم النكاح اذا ثبت لا يقتصر على حالة الصغر بل يدوم ويبقى الى
ما بعد البلوغ الى ان يوجد ما يبطله وفي هذا اثبات الولاية على البالغة
ولاية استبداد كما انه انشأ النكاح بعد البلوغ وهذا لا يجوز ولنا قوله
تعالى والكحوا الايامى منكم والاسم اسم لانثى من بنات ادم لا زوج لها
كبيرة كانت او صغيرة وكلمة من ان كانت للتبعيض يكون هذا خطابا
للاولياء وان كانت للتجنيس يكون خطابا لجنس المومنين وعموم الخطاب
يتناول الاب والجد والنكح الصديقة عايشة رضي الله عنهما وهي بنت
ست سنين من رسول الله صلى الله عليه وسلم وتزوجها رسول الله
صلى الله عليه وسلم وزوج على البتة ام كلثوم وهي صغيرة من عمر بن
الخطاب رضي الله عنهم وزوج عبد الله بن عمر ابنة وهي صغيرة عروة

ابن

قبض المهر

تغير الايامى

ابن الزبير رضي الله عنهم وبه تبين ان قولهما خرج مخالفا لاجماع
الصحابة فكان مردودا واما قولهما ان حكم النكاح يبقى بعد البلوغ فيتم
لكن بالانكاح السابق لا بنكاح منشا بعد البلوغ وهذا جايز كما في
البيع فلان لهما ولاية بعد مال الصغير وان كان حكم البيع وهو
الملك يبقى بعد البلوغ لما قلنا كذا هذا وكذلك ولاية قبض صداق
ابنته البكر صغيرة كانت او بالغة ويبرا الزوج بقبضه اما الصغيرة
فلا شك فيه لانه ولاية التصرف في مالها واما البالغة فلانها تستحي
بنفسها كما تستحي عن التكلم بالنكاح فجعل سكوتها رضي بقبض الاب
كما جعل رضي بالنكاح ولان الظاهر انها ترضى بقبض الاب بانه
يقبض مهرها ليضم اليه امثاله فيجهزها به هذا هو الظاهر فكان
ماذونا بالقبض من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض لا يملك
القبض ولا يبرا الزوج وكذا الجد يقوم مقامه عند عدمه وان كانت
عاقلة وهي ثيب فالقبض اليها لا الى الاب ويبرا الزوج بدفعه اليها ولا
يبرا بالدفع الى الاب وما سوى الاب والجد من الاولياء ليس لهم ولاية
القبض سواء كانت كبيرة او صغيرة الا اذا كان الولي هو الوصي فله حق
القبض اذا كانت صغيرة كما يقبض سايردينها وليس للوصي حق القبض
الا اذا كانت صغيرة واذا قبض الولي المهر صح ضمانه لان حقوق العقد
لا يتعلق به قضاء كالاجنبي وللمراة الخيار في مطالبة زوجها او
وليها لوجود سبب ثبوت حق المطالبة من كل واحد منهما وهو العقد
من الزوج والضمان من الولي ولا خلاف بين اصحابنا في ان لغير الاب
والجد من العصبات ولاية الانكاح للاقرب فالاقرب على ترتيب
العصبات في الميراث واختلفوا في غير العصبات قال ابو يوسف
ومحمد رحمة الله عليهما لا يجوز انكاحه حتى لو تزوجت بذلك النكاح
ويتوقف على اجازة العصبة وعن ابي حنيفة رحمه الله فيه روايتان وهذا
يرجع لما ذكرنا ان عصوبة الولي هل هي شرط لثبوت الولاية مع اتفاقهم

علي انما شرط التقدم فيما هي شرط ثبوت اصل الولاية وهي
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله فانه روي عنه انه قال لا
يزوج الصغيرة الا العصبة وروى ابو يوسف ومحمد عن ابي حنيفة انها
ليست بشرط لثبوت اصل الولاية وانما هي شرط التقدم علي قرابة
الرحم حتي انه اذا كانت هناك عصبة لا يثبت لغير العصبة ولاية
الانكاح وان لم يكن ثم عصبة فلغير العصبة من القرابات بانت من الرجال
والنساء نحو الام والاخت والخال ولاية التزويج الاقرب فالاقرب
اذا كان المزوج ممن يرث المزوج وهو الرواية المشهورة عن ابي حنيفة
رحمه الله وجه قولهما ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال النكاح
الي العصبات فرض كل نكاح الي كل عصبة لانه قابل للحسن بالحسن
او بالجمع فيقتضي مقابلة الفرد بالفرد ولان الاصل في الولاية هم
العصبات فان الراي وتدبير القبيلة وصيانتها مما يوجب العار
والشين اليهم فكانوا هم الذين يجبرون عن ذلك بالنظر والتامل
في امر النكاح فكانوا هم المختصين بالولاية ولهذا كانت قرابة التعصيب
مقدمة علي قرابة الرحم بالاجماع ولابي حنيفة رحمه الله عموم قوله
تعالي وانكحوا الايامي منكم من غير فصل بين العصبات وغيرهم فيثبت
ولاية الانكاح علي العموم الا من خص بدليل ولان سبب ثبوت الولاية
هو مطلق القرابة وذاتها لما بينا ان القرابة حاملة علي الشفقة في
حق القريب راعية للمصلحة وقد وجدت هاهنا فوجد السبب ووجد الثبوت
ايضا وهو عجز المولي عليه عن المباشرة بنفسه وانما العصوبة وقرب
القرابة شرط التقدم لا شرط ثبوت اصل الولاية فالاجرم العصبية
تتقدم علي ذي الرحم والاقرب من العصبة يتقدم علي الابعد ولان
ولاية الانكاح مرتبة علي استحقاق الميراث لاتحاد سبب ثبوتهما
وهو القرابة فكل من استحق الميراث استحق الولاية الا تري ان الاب
اذا كان عبدا او ولاية له لان العبد لا يرث احدا وكذا اذا كان كافرا

والمولي

والمولي عليه مسلم او ولاية له لانه لا يرثه وكذا اذا كان مسلما والمولي عليه كافر لانه لا ولاية
له لانه لا ولاية له لانه لا ميراث له منه فثبت ان الولاية تدور مع استحقاق
الميراث له منه فثبت ان الولاية له ان يزوج ولا يرث وكذا الامام فلا يرث لان هذا
عكس العلة لان طرد ما قلنا ان كل من يرث يزوج ولا يرث هذا مطرد علي
اصل ابي حنيفة وعكسه ان كل من لا يرث لا يزوج والشرط في العلل الشرعية
الاطراد دون الانعكاس لجواز انتفاء الحكم الشرعي بعلل ثم يقول
ما قلناه منعكس ايضا الا تري ان للمولي الولاية في مملوكه وهو نوع
ارث واما الامام فهو نائب عن جملة المسلمين وهم يرثون من الولي
له من جهة الملك والقرابة والولاء الا تري ان ميراثه لبيت المال
وبيت المال مالهم فكانت الولاية في الحقيقة لهم وانما الامام نائب
عنهم فيزوجون ويرثون ايضا فاطرد هذا الاصل وانعكس بحمد
الله تعالي واما قول علي رضي الله عنه عنه النكاح الي العصبات فمحال
وجود العصبة والكلام فيه والله اعلم فصل واما الذي
يرجع الي المولي عليه فنقول الولاية المسندة الي المولي عليه نوعان ولاية
حتم وايجاب وولاية ندب واستحباب وهذا علي اصل ابي حنيفة وابي
يوسف الاول واما علي اصل محمد فهي نوعان ايضا ولاية استداد وولاية
شركة وهو قول ابي يوسف الاخر وكذا يقول الشافعي الا ان بينهما اختلافا
في كيفية الشركة علي ما نذكر انما ولاية الحتم والايجاب والاستداد فشرط
ثبوتها علي اصل اصحابنا رحمهم الله كون المولي عليه صغيرا او صغيرة او
مجنونا كبيرا سواء كانت الصغيرة بكرا او ثيبا فلا يثبت هذه الولاية علي
العاقل البالغ ولا علي العاقلة البالغة سواء كانت ثيبا او بكرا وعلي اصل الشافعي
شرط ثبوت ولاية الاستداد في الغلام هو الصغر وفي الجارية البكارة سواء
كانت صغيرة او بالغة فلا يثبت هذه الولاية عنده علي الثيب سواء كانت
بالغة او صغيرة والاصل ان هذه الولاية علي اصل اصحابنا رحمهم الله تدور
مع الصغر وجودا وعدما في الصغير والصغيرة جميعا وعنده في الصغير

يزوج م

ولاية

شرط م

كذلك امالة الصغيرة فانها تدور مع البكارة وجودا وعدما وفي الكبيرة
والكبيرة تدور مع الجنون وجودا وعدما سواء كان اصليا بان بلغ مجنونا او
عارضيا بان طرى بعد البلوغ عندنا وقال زفر اذا طرى الجنون
لم يجز للولي التزويج وعلى هذا ابني ان الاب والجد لا يملكان انكاح البكر
البالغة بغير رضاها وجه قوله ان البكر اذا كانت عاقلة فالعلم
بمصالح النكاح لان العلم بما يتعلق على التجربة والممارسة وذلك بالثيابة
ولم يوجد فالتحقت بالبكر الصغيرة فتثبت ولاية الاستبداد عليها
ولهذا ملك الاب قبض صداقها من غير رضاها بخلاف الثيب البالغة
لانتزوج الا برضاها فكذا البكر البالغة والجامع بينهما وجهان
احدهما طريق ابي حنيفة وابي يوسف الاول والثاني طريق محمد
وابي يوسف الاخر اما طريق ابي حنيفة رحمه الله فهو ان ولاية
الحتم والايجاب وحالة الصغر انما تثبت بطريق النيابة عن الصغير
لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها وبالبلوغ عن
عقل زال عن العمل وثبت القدرة حقيقة ولهذا صارت من اهل الخطاب
في احكام الشرع الا انها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة
النكاح عجز ندب واستحباب لانها تحتاج الى الخروج الى محافل الرجال
والمرأة محذرة مستورة والخروج الى محافل الرجال من النساء عيب
في العادة فكان عجزها عجز ندب واستحباب لا حقيقة فتثبت الولاية
عليها على حسب العجز وهي ولاية ندب واستحباب لا ولاية حتم وايجاب
اثباتا للحكم على قدر العلة واما طريق محمد رحمه الله فهو ان الثابت
بعد البلوغ ولاية الشركة لا ولاية الاستبداد فلا بد من الرضا كما في الثيب
البالغة ~~ولاية الشركة لا ولاية الاستبداد~~ على ما نذكره في مسئلة النكاح
بغير ولي ان شاء الله تعالى وانما ملك الاب قبض صداقها لوجود الرضى
بذلك منها دلالة لان العادة ان الاب يضم الى الصداق من خالص ماله ويجهز
بنته البكر حتى لو نهته عن القبض لا يملك بخلاف الثيب لان العادة

جنون اصلي وعارضي

العجز

ماجرت

ماجرت بتكرار الخمار واذا كان الرضى في انكاح البالغة شرط الجواز فاذا ١٥
زوجت بغير اذنها توقف التزويج على رضاها فاذا رضيت جاز وان ردت
بطل ثم ان كانت ثيبا فرضاها يعرف بالقول من وبالفعل احدى اما القول فهو
التنصيص على الرضى وما يجري مجراه نحو ان يقول رضيت واجزت ونحو
ذلك والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وقوله والله
يريد منهما لساننا وقوله تستامر النساء ايضا عمن وقوله لا تنكح
اليتيمة حتى تستامر والمراد منه البالغة واما الفعل فنحو التمكين من
نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك لان ذلك دليل الرضى
والرضى يثبت بالنص منه وبالدلالة احرى والاصل فيه ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ان ولجك زوجك فلا خيار
لك وان كانت بكرا فان رضاها يعرف بهذين الطريقين وثالث وهو
السكوت وهذا استحسان والقياس ان لا يكون سكوتها رضى وجه القياس
ان السكوت يحتمل الرضى ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضى مع الشك
والاحتمال ولهذا لم يجعل دليلا اذا كان المزوج اجنبيا او وليا غيره اولى منه
ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تستامر النساء ايضا
فقالت عائشة رضي الله عنها ان البكر تستحي يا رسول الله فقال صلى الله
عليه وسلم اذنها صماتها وروي سكوتها رضاها وروي سكوتها اقرارها
وكل ذلك نص في الباب وروي البكر تستامر من نفسها فان سكتت فقد
رضيت وهذا ايضا نص ولان البكر تستحي عن النطق بالاذن بالنكاح لما
فيه من اظهار رغبتها في الرجال فتسبب الى الوقاحة فلو لم يجعل سكوتها
سكوتها رضى واذنا بالنكاح دلالة وشرط استنطاقها واما لا تنطق
عادة لفاتت عليها مقاصد النكاح مع حاجتها الى ذلك وهذا لا يجوز
وقوله السكوت محتمل مسلم لكن ترجح جانب الرضى على جانب السخط
لانها لو لم تكن راضية لخالفت ما اذا زوجها اجنبي او ولي غيره اولى منه
لان هناك ازداد احتمال السخط لانه محتمل امنا سكتت مع جوانبها امنا

قادرة على الرد تحقيرا له وعدم المبالاة بكلامه وهذا امر معلوم بالعادة
فبطل رجحان دليل الرضى ولا معنى لما يستحيى من الاولياء من الاجانب والابعد
عند قيام الاقرب وحضور اجنبي فكانت في حقه الاجابة كالثيب فلا بد من قول
او فعل يدل عليه ولان المزوج اذا كان اجنبيا او كان الولي الابعد كان جوابا
للنكاح من طريق الوكالة لا من طريق الولاية لانعدامها والوكالة لا تثبت
الا بالقول واذا كان وليا فالجواز بطريق الولاية فلا يعتمد الى القول ولو
بلغهما النكاح فسكتت كان اجازة لان الانسان انما يضحك مما يسره
كما دل الرضى ولو بكت روي عن ابي يوسف انه يكون رضى اجازة وروي
عنه رواية اخرى انه لا يكون اجازة بل يكون ردا وهو قول محمد
وجه الرواية الاولى ان البكا قد يكون للحزن وقد يكون لشدة الفرح
فلا يجعل ردا أولا اجازة للتعارض فصار كما لو سكتت فكان رضى
وجه الرواية الاخرى وهو قول محمد ان البكا لا يكون الا عن حزن عادة
فكان دليل السخط والكراهة لا دليل الاذن والاجازة ولو زوجها كل
واحد منهما رجلا فبلغهما ذلك فان اجازت احد العقدين جاز الذي
اجازته وبطل الاخر وان اجازتهما بطلا لان الاجازة منهما بمنزلة
الانشا كما لو تزوجت بزوجين وذلك باطل كذا هذا وان سكتت روي
عن محمد رحمه الله ان ذلك لا يكون ردا ولا اجازة حتى يجيز احدهما بالقول
او بفعل يدل على الاجازة وروي عنه رواية اخرى انها ان سكتت بطل
العقدان جميعا وجه هذه الرواية ان السكوت من البكر كالاجازة فكانها
اجازت العقدين جميعا وجه الرواية الاخرى ان هذا السكوت لا يمكن
ان يجعل اجازة لانه لو جعل اجازة فاما ان يجعل اجازة للعقدين جميعا
واما ان يجعل اجازة لاحدهما لا سبيل الى الاول لان انشا العقدين جميعا
ممتنع فامتنعت اجازتهما ولا سبيل الى الثاني لانه ليس احد العقدين
بأولى بالاجازة من الاخر فالتحقت السكوت بالعدم ووقف الامر على الاجازة
بقول او فعل يدل على اجازة احدهما وكذلك اذا استوعرت في الابتدا فسكتت

فهو

فهو اذن اذا كان المستأذن وليا لما ذكرنا ولما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه كان اذا خطبت احدى بناته دنى من حذرها وقال ان فلانا تذكر فلانة
ثم تزوجهما فدل ان السكوت عند استيمار الولي اذن دلالة وقالوا في الولي
اذا قال للبكر اني اريد ان ازوجك فلانا فقالت غيره اولى منه لم يكن ذلك
اذنا ولو زوجها ثم اخبرها فقالت فلان غيره اولى منه كان اجازة
لان قولها في الفصل الاول اظهار عدم الرضى بالتزوج من فلان وقولها
في الفصل الثاني قبول او سكوت عن الرد وسكوت البكر عن الرد يكون
رضى ولو قال الولي اريد ان ازوجك من رجل ولم يسمه فسكتت لم يكن رضى
كذا روي عن محمد لان الرضى بالشيء بدون العلم به لا يتحقق ولو قال
ان زوجك فلانا او فلانا حتى عد جماعة فسكتت فمن ايهم زوجها جاز ولو
سمى لها الجماعة مجملا بان قال اريد ان ازوجك من جيراني او بني عمي
فسكتت فان كانوا يحصون يكون رضى وان كانوا لا يحصون لم يكن رضى
لانهم اذا كانوا يحصون يطمعون فيتعلق الرضى بهم واذا لم يحصوا لم يطمعوا
فلا يتصور الرضى بغير المعلوم والله الموفق وذكر في الفتاوى اذا الولي
اذا سمى الزوج ولم يسم المهر انه كم هو فسكتت فسكوتها لا يكون برضى
لان تمام الرضى لا يثبت الا بذكر الزوج والمهر ثم الاجازة من طريق الدلالة
لا تثبت الا بعد العلم بالنكاح لان الرضى بالنكاح قبل العلم به لا يتصور واذا
زوج البنت البالغة ولي فقالت لم ارض ولم اذن وقال الزوج قد اذنت
فالقول قول المرأة لان الزوج يدعي عليها حدوث امر لم يكن وهو الاذن
والرضى وهي تنكر فكان القول قولها واما البكر اذا زوجت فقال الزوج
بلغك العقد فسكتت فقالت رددت فالقول قولها عند اصحابنا الثلاثة
وقال زفر القول قول الزوج وجه قوله ان المرأة تدعي امرا حادثا وهو الرد
والزوج ينكر فكان القول قول المنكر ولنا ان المرأة وان كانت مدعية ظاهرا
فهي منكرة في الحقيقة لان الزوج يدعي عليها جواز العقد بالسكوت وهي
تنكر فكان القول قولها كالمودع اذا قال رددت الوديعة كان القول قوله

وان كان مدعيا الرد ظاهرا لكونه منكرا للصماح حقيقة كذا هنا ثم في هذين
الفصلين لا يمين عليهما في قول ابي حنيفة وفي قولهما عليهما اليمين وهو
الخلاف المعروف بان الاستحلاف لا يجري في الاشياء الستة عنده وعندهما يجري
والمسئلة ذكرها في كتاب الدعوى ثم اذا اختلف الحكم في البكر البالغة والثيب
البالغة في الجملة حتى حمل السكوت رضى من البكر دون الثيب وللاب والاية
قبض صداق البكر دون غيرها من الاولياء فقد تصادا ليس له ولاية قبض صداق
الثيب الا بما لا بد منه من معرفة النيابة والبكارة في الحكم لا في الحقيقة
لان حقيقة البكارة بقاء العذرة وحقيقة الثيابة زوال العذرة والحكم غير
مبني على ذلك بالاجماع للشهود لا خلاف في ان كل من زالت عذرتها بوثبة
او ظفرة او حيضة او طول التعنيس انها في حكم الابكار تزوج كما تزوج
الابكار ولا خلاف ايضا في ان من زالت عذرتها بوطي يتعلق به ثبوت
النسب وهو الوطي بنكاح جائز او فاسد او شبهة عقد وجب لها مهر بذلك
الوطي انها تزوج كما تزوج الثيب واما اذا زالت عذرتها بالزنا فانها تزوج كما
تزوج الابكار في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي تزوج
كما تزوج الثيب ولهما اذا زالت عذرتها بالزنا احتجوا بما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال البكر تستامر في نفسها والثيب تشاور وقال الثيب
تعرب عنها لسانها وهذه ثيب حقيقة لان الثيب حقيقة من زالت عذ رتنا
وهذه كذلك فتجري عليها احكام الثيب ومن احكامها انه لا يجوز انكاحها
بغير اذنها ولانها تستحي بسكوتها ولابي حنيفة ان علة وضع النطق شرعا
واقامة السكوت مقامه في البكر هي الحياء وقد وجد دلالة ان العلة ما
قلنا اشارة النص والمعقول اما الاول فما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم تستامر النساء ايضا عن فقالت عائشة رضي الله عنها
ان البكر تستحي يا رسول الله فقال اذنها صماتها والاستدلال به ان قوله
صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها خرج جوابا لقول عائشة رضي الله عنها
ان البكر تستحي اي عن الاذن بالنكاح نطقا والجواب يقتضي اعادة السؤال

لان

لان الجواب لا يتم بدون السؤال كانه قال اذا كانت البكر تستحي عن الاذن بالنكاح
مطلقا فاذنها صماتها فهذا اشارة الى ان الحياء علة وضع النطق وقيام الصماح
مقام الاذن علة منصوصة وعلة النص لا تتقيد بمحل النص كالطوف في الهرة
وغير ذلك واما المعقول فهو ان الحياء البكر مانع من النطق بصريح الاذن
بالنكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال لان النكاح سبب الوطي والناس
يستقبحون ذلك منها ويذمونها وينسبونها الى الوقاحة وذلك مانع لها
من النطق بالاذن الصريح وهي محتاجة الى النكاح فلو شرط استنطاقها
وهي لا تنطق عادة لفات عليها النكاح مع حاجتها اليه وهذا لا يجوز والحياء
موجود في حق هذه وان كانت ثيبا حقيقة لان زوال بكارتها يظهر للناس
فيستقبحون منها النكاح صريحا ويعدونه من باب الوقاحة ولا يزول
ذلك ما لم يوجد النكاح ويشتهر الزفاف فحينئذ لا يستقبح الا ظهارها
الاذن ولا يعد حييا بترك الاستحياء عند استيمار الولي بعد رغبة
منها لحصول العلم للناس بظهور رغبتها في الرجال واما الحديث فالمراد
من الثيب التي تقارنها الناس ثيبا لان مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف
بين الناس ولهذا لم يدخل البكر التي زالت عذرتها بالظفرة والوثبة
والحيضة وخوف المشي تحت هذا الحديث وان كان ثيبا حقيقة والله اعلم
وعلى هذا يخرج نكاح الاب والجد الثيب الصغيرة انه جائز عند اصحابنا
رحمهم الله وعند الشافعي لا يجوز انكاحهما للحال وتأخر الى ما بعد البلوغ
فيروى انهما الولي بعد البلوغ باذنها صريحا لا بالسكوت واحتج بما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستامر واليتيمة
اسم للصغيرة في اللغة ولان الثيابة دليل يصلح للنكاح لان حد وعندنا يكون
بعد العقل والتمييز عادة وقد يحصل لها التجربة والممارسة وهذا لم يصلح
لاثبات الولاية لما يصلح دافعا لولاية الولي عنها للحال والتأخير الى ما
بعد البلوغ خلاف البكر البالغة لان البكارة دليل الجهل بمنافع النكاح
ومضاره فالتحق عقلها بالعدم على ما مر ولان النكاح في جانب

النساء ضرورة وضعا لما يذكر فلا يتغلب مصلحة الا عند الحاجة الي قضاء الشهوة
لان مصالح النكاح تقف عليه ولم يوجد في الشيب الصغيرة والجواز في
البكر ثبت بفعل رسول الله صلي الله عليه وسلم واجماع الصحابة علي
ما ذكرنا فيما تقدم ولنا قوله تعالي وانكحوا الايامي منكم والايم اسم
الانثي لا زوج لها صغيرة كانت او كبيرة فيقتضي ثبوت الولاية عاما
الا من خص بدليل ولان الولاية كانت ثابتة قبل زوال البكارة لوجود
سبب ثبوت الولاية وهو القرابة الكاملة والشفقة الوافرة ووجود
شرط الثبوت وهو حاجة الصغيرة الي النكاح لما مر لا ستيفاء المصالح
بعد البلوغ وعجزها عن ذلك بنفسها وقدرة الولي عليه والعارض
ليس الا الثيابة او نقصان في زيادة الحاجة الي النكاح لانها مارست
الرجال وصحبتهم والصحبة اقوي في الميل الي من يباشرها معاشرة
جميلة فلما ثبت الولاية علي البكر الصغيرة فلان يبقي علي الثيب
الصغيرة اولي والمراد من الحديث البالغة لما مر والمجنونة الكبيرة
يزوجان كما يزوج الصغير والصغيرة عند اصحابنا الثلثة سواء
اصليا كان المجنون او طاريا بعد البلوغ وقال زفر ليس
للولي ان يزوج المجنون جنونا طاريا وجه قوله ان ولاية الولي
قد زالت بالبلوغ عن عقل فلا يعود بعد ذلك بطريان الجنون
كالبالغ معتي عليه ثم زال الاعماء ولنا انه وجد سبب ثبوت
الولاية وهو القرابة وشرطه وهو عجز المولي عليه مع التضرر
بحاجته وفي ثبوت الولاية فائدة فتثبت ولهذا تثبت في المجنون
الاصلي كذا في الطاري وتثبت له ولاية التصرف في ماله
كذا في نفسه والله اعلم فصل واما الذي يرجع
الي نفس التصرف فهو ان يكون التصرف نافعا في حق المولي عليه
نفعة خالصة للاب والوصي والجد ان يزوجوا عبد الصغير والصغيرة
حرة ولا امة لغيرهما لانه هذا تصرف ضار في حق المولي عليه لان المهر

والنفقة

المجنون الكبير والمجنونة الكبيرة

الصغيرة و

والنفقة يتعلقان برقبة العبد من غير ان يحصل للصغير مال في مقابلته
والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالطلاق والعتاق والتبرعات وكذا
كل من يتصرف علي عبده بالاذن لا يملك انكاح العبد كالمكاتب والشريك والمضارب
والماذون لان اطلاق التصرف لهما ولا مستفيد بالنظر واما تزويج الامة
حرا او عبدا لغيرهما فيملكه الاب والوصي والجد والمكاتب والمفاوض
والقاضي وامين القاضي لانه نافع محض لكونه تحصيل مال من
غير ان يقابله مال تملكه هؤلا الا تري انهم يملكون البيع مع الله مقابلة
المال بالمال فهذا اولي فاما شريك العنان والمضارب والما
ذون فلا يملكون تزويج الامة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهما
وعند ابي يوسف يملكون وجه قوله ابي يوسف ان هذا تصرف
نافع لانه تحصيل مال لا بمقابلة مال فيملكونه كشريك المفاوض وجه
قولهما ان تصرف هؤلا ي مختص بالتجارة والنكاح ليس من التجا
رة بدليل ان الماذونة لا تزوج نفسها ولو كان النكاح تجارة لملكته ولان
التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال فلم
يكن تجارة فلا يدخل تحت ولا يتهم بخلاف المفاوض لان تصرفه
يختص بالتبع لا بالتجارة وهذا نافع ولو زوج جارية ابنه من
عبد ابنه قال ابو يوسف يجوز وقال زفر لا يجوز وجه قول زفر
ما مر ان تزوج عبد الصغير لم يدخل تحت ولاية الاب فكان الاب فيه
كالاجنبي واحتمال الضرر لجواز ان يبيع الامة فيتعلق المهر والنفقة
برقبة العبد فيتضرر به الصغير فصير كانه زوجه امة الغير ولنا
ان سبب ثبوت الولاية موجود فلا يمنع الثبوت الا امكان الضرر
وهذا نفع لا مضرة فيه لان الاولاد له ولا يتعلق المهر والنفقة
برقبة العبد فكان نفعا محضا فيملكه قوله يحتمل ان يبيعها وجه
ويحتمل ان لا يبيعها فلا يجوز بتطويل الولاية المتحققة بالمحال
لا مر يحتمل الوجود والعدم وعلي هذا يخرج ما اذا زوج الاب او الجد

ودون

ة

ابنه الصغيرة من كفو بدون مهر مثلها او زوج ابنه الصغير امراة باكثر
من مهر مثلها الا ان كان ذلك مما يتغابن الناس في مثله يجوز بالاجماع
وان كان مما لا يتغابن الناس في مثله يجوز في قول ابي حنيفة
رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يجوز وذكر هشام عنهما ان
النكاح باطل ولو زوج ابنه الصغيرة بمهر مثلها من غير كفو فهو على
الخلاف ولو فعل غير الاب والجد شيئا مما ذكرنا لا يجوز في قولهم جميعا وجه
قولهما ان ولاية النكاح تثبت نظرا في حق المولى عليه ولا نظر في الحط
عن مهر المثل في انكاح الصغيرة ولا في الزيادة على مهر المثل في انكاح الاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي
الصغير بل فيه ضررهما والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي ولهذا لا يملك
غير الاب والجد كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ما روي ان ابا بكر الصديق
رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة من رسول الله
صلى الله عليه وسلم على خمس مائة درهم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم
عند على ذلك ومعلوم ان مهر مثلها كان اضعاف ذلك ولان الاب وافر الشفقة
على ولده ينظر ما لا ينظر لنفسه فالظاهر انه لا يفعل ذلك الا لتوفير مقصود
من مقاصد النكاح هو انفع واجدى له من كثير من المال من موافقة الاخلاق
وحسن الصحابة والمعاشرة بالمعروف ونحو ذلك من المعاني المقصودة بالنكاح
فكان تصرفه والحالة هذه نظرا للصغير والصغيرة لا ضررا بهما بخلاف غير الاب
والجد لان وجه الضرر في تصرفهما ظاهر وليس ثمة دليل يدل على اشتماله
على المصلحة الباطنة الخفية التي تزيد على الضرر الظاهر لان ذلك انما يدرك
بوفور الشفقة ولم يوجد وبخلاف ما اذا باع الاب امة لهما باقل من قيمتها
مما لا يتغابن الناس فيه انه لا يجوز لان البيع معاوضة المال بالمال والمقصود
من المعاوضات المالية هو الوصول الى العوض المالي ولم يوجد وبخلاف ما اذا
زوج ابنتهما باقل من مهر مثلها انه لا يجوز لانه لا نفع لهما فيما يحصل للامة من
حط الزوج وانما منفعتهما في حصول عوض بضع الامة لهما وهو مهر المثل ولم يحصل
وعلى هذا الخلاف التوكيل بان وكل رجل رجلا بان يزوجه امراة فزوجه امراة باكثر

من

من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله او من غير كفو وهو على اختلاف
الوكيل بالبيع المطلق وذكر المسئلة في كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى وعلى هذا
الوكيل بالتزويج من جانب الرجل او المراة اذا زوج الموكل ممن لا تقبل شهادة
الوكيل له وهو على الاختلاف في البيع وتذكر ذلك كله في كتاب الوكالة وعلى هذا
الخلاف الوكيل من جانب الرجل بالتزويج اذا زوجه امة لغيره انه يجوز عند
ابي حنيفة رحمه الله لاطلاق اللفظ ولسقوط اعتبار الكفاءة من جانب
النساء وعندهما لا يجوز لان المطلق ينصرف الى المتعارف وتعتبر الكفاءة من
جانبهن عندهما في مثل هذا الموضع لمكان العرف استحسانا على ما ذكره
في موضعه ان شاء الله تعالى فصل واما ولاية الندب والاستحباب
فهي الولاية على الحرة العاقلة البالغة بكرا كانت او ثيبا في قول ابي حنيفة وزفر
وقول ابي يوسف الاول رحمهم الله العاقلة البالغة وفي قول محمد وابي يوسف
الاخر الولاية عليهما ولا شركة وعند الشافعي هي ولاية شركة ايضا الا ان العباشرة
فيها للولي خاصة وشرط ثبوت هذه الولاية على اصل اصحابنا هو رضى المولى عليها
لا غير وعند الشافعي في هذا وعبارة الولي ايضا وعلى هذا ينبني الحرة العاقلة
البالغة اذا زوجت نفسها من رجل او وكلت رجلا بالتزويج فزوجها او
زوجها فضولي فاجازت جاز في قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف الاول
سواء زوجت نفسها من كفو او غير كفو بمهر وافر وقاصر غير انها اذا زوجت
نفسها من غير كفو قلل الاولياء حق الاعتراض وكذا اذا زوجت بمهر قاصر عند
ابي حنيفة خلافا لهما وستأتي المسئلة في موضعها ان شاء الله تعالى وفي قول
محمد لا يجوز حتى يجيزه الولي او الحاكم قبل التزوج وطيها قبل الاجازة
ولو وطيها يكون وطيا حراما ولا يقع عليها طلاقه وظهاره وايلاؤه ولو مات
احدهما لم يرثه الاخر سواء زوجت نفسها من كفو او من غير كفو وهو قول ابي يوسف
الاخر روي الحسن ابن زياد عنه وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انها اذا
زوجت نفسها من كفو تنفذ ويثبت سائر الاحكام وروي عن محمد انه اذا كان
للمراة ولي لا يجوز نكاحها الا باذنه وان لم يكن لها ولي جاز نكاحها على نفسها

وروي عن محمد انه رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقول الشافعي مثل قول محمد
في ظاهر الرواية انه لا يجوز نكاحها بدون الولي الا انهما اختلفا فقال محمد
ينعقد النكاح بعبارتها وينفذ بأن الولي واجازته وينعقد بعبارة الولي و
ينفذ باذنها واجازتها وعند الشافعي لا عبارة للنساء في باب النكاح اصلا
حتى لو وكلت امرأة بنكاح امرأة من وليهما فزوجت لم يجز عنده
وكذا اذا زوجت بنتها باذن القاضي لم يجز احتج الشافعي بقوله تعالى
وانكحوا الايامى منكم وهذا خطاب للاولياء والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا
كانت او ثيبا ومتى ثبتت الولاية عليهما كانت هي مولى عليهما ضرورة
فلا تكون والية وقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء عقد احرار بنفسه
وحكمه وثمرته اما نفسه فانه رق واسر قال النبي صلى الله عليه وسلم النكاح
رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته وقال اتقوا الله في النساء الحديث اي
اسيرات والارقاق اضرار واما حكمه فانه ملك فالزوج يملك التصرف في
منافع بضعها استيفاء بالوطي واستفاءها بالطلاق يملك حجرها عن
الخروج والتزوج بزوج اخر واكثر ثمرته فالافتراش كرها وجبرا ولا شك ان
هذا ضرر الا انه قد ينقلب مصلحة ويجبر ما فيه من الضرر اذا وقع وسيلة
الى المصالح الظاهرة والباطنة ولا يستدرك ذلك الا بالراي الكامل فربما
ناقص ينقصان عقلها فبقي النكاح مضرة فلا يملكه واحتج محمد رحمه الله
بما روي عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
ايما امرأة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل والباطل من التصرفات
الشرعية ما لا حكم لها شرعا كالبيع الباطل ونحوه ولان للاولياء حقا في النكاح
بدليل ان لهم حق الاعتراض والفسخ ومن لا حق له في عقد كيف يملكه فسخه
والتصرف في حق الانسان يقف جوازه على اجازة صاحب الحق كالامة اذا زوجت
نفسها بغير اذن مولاها وجد ما روي عن ابي يوسف انما اذا زوجت نفسها
من كفو فينفذ لان حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يوجب لحوق
العار والشين بهم بشبهة من لا يكافئهم بالمهرية اليهم وقد بطل هذا المعنى

بالتزويج

بالتزويج من كفو بحضرة اقاربها لو وجدت كفوا فطلبت من الولي الانكاح منه لا يحل له
الامتناع ولو امتنع يصير عاضلا فصار عقدها والحالة هذه بمنزلة عقدة بنفسه
وجه ما روي عن محمد من الفرق بين ما اذا كان لها ولي وبينما اذا لم يكن لها
ولي ان وقوف العقد على اذن الولي كان لحق الولي لاحقها فاذا لم يكن لها ولي
فالاحق للولي فكان الحق لها خاصة فاذا عقدت فقد تصرفت في خالص حقها
فنفذ واما اذا زوجت نفسها من كفو وبلغ الولي فامتنع من الاجازة فرفعت امرها
الى الحاكم فانه يجيزه في قول ابي يوسف وقال محمد يستانف العقد وجه قول
محمد ان العقد كان موقوفا على اجازة الولي فاذا امتنع من الاجازة فقد رده
فيرتد ويبطل من الاصل فلا بد من الاستيناف وجه قول ابي يوسف انه بالامتناع
صار عاضلا اذ لا يحل له الامتناع من الاجازة اذا زوجت نفسها من كفو فاذا امتنع
فقد عضلها فخرج من ان يكون وليا وانتقلت الولاية الى الحاكم ولابي حنيفة
رحمه الله الكتاب والسنة والاستدلال اما الكتاب فقوله تعالى وامرأة مومنة ان
وهبت نفسها الاية نص على انعقاد النكاح بعبارتها وانعقاده بلفظ الهبة
كانت حجة على المخالف في الشطرين وقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجا غيره والاستدلال به من وجهين احدهما انه اضاف النكاح اليها
فيقتضي جواز النكاح منها والثاني انه جعل انكاح المرأة غاية للحرمة فيقتضي
اثبات الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا يثبت وقوله تعالى فلا جناح
عليهما ان يتراجعا اي بتناكحا اضاف النكاح اليهما من غير الولي وقوله
تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن
الاية والاستدلال به من وجهين احدهما انه اضاف النكاح اليهن فيدل
على جوازه بعبارتهن من غير شرط الولي والثاني انه نهى الاولياء عن المنع
من نكاحهن نفسهن من ازواجهن اذا تراضى الزوجان والنهي يقتضي
تصور المنهي عنه واما السنة فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للولي مع الثيب امر وهذا قطع
الاية بالولي عنها وروي عنه ايضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال

انقلاب الولا

الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامراة لا زوج لها واما الاستدلال //
فنوانها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت نفسها في النكاح فلا يبقي
وليا عليها كالصبي العاقل اذا بلغ والجامع ان ولاية الانكاح انما
ثبت علي الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح نفعا
ناقصا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها اليه حالا ومالا وكونها
عاجزة عن احراز ذلك بنفسها وكون الاب قادرا عليه وبالبلوغ عن
عقل زال العجز حقيقة وقدرت عن التصرف في نفسها حقيقة فتزول
ولاية العجز عنها وتثبت الولاية لها لان النيابة الشرعية انما ثبت
بطريق الضرورة نظرا فتزول بزوال التقدير بقدر الضرورة مع ان
الحرية منافية لثبوت الولاية للحر علي الحر وثبوت الشي علي
المنافي لا يكون الا بطريق الضرورة وبهذا المعني زالت ولاية
الاب عن انكاح الصغير العاقل اذا بلغ وثبتت الولاية لا ولاية له وهذا المعني موجود في الفرع ولهذا زالت ولاية الاب عن //
التصرف في ماله وثبتت الولاية كذا هذا واذا صارت ولي نفسها في
النكاح لا يبقي موليا عليها ضرورة لما فيه من الاستحالة والعادة
بين الناس فان الناس لا يتولين النكاح عادة بانفسهن لما فيه
من الحاجة الي الخروج الي محافل الرجال وفيه تستحين الي //
الوقاحة بل الاولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن
فخرج الخطاب بالامر بالانكاح مخرج العرف والعادة علي الندب
والاستحباب دون الحتم والايجاب الدليل عليه ما ذكر عقيبه
وهو قوله والصالحين من عبادكم وامائكم ثم لم يكن الصلاح //
شرط الجواز لكان تكليفه قوله تعالي فكاتبوهم ان علمتم فيهم
خيرا وهو محمل الاية علي انكاح الصغائر عملا بالدلائل كلها وعلي
هذا يحمل قوله صلي الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء
ان ذلك علي الندب والاستحباب وكذلك قوله لا نكاح الا بولي

مع

مع ما حكي عن النقلة ان ثلاثة احاديث لم تصح عن رسول الله صلي الله
عليه وسلم وعد من جملتها هذا ولهذا لم يخرج في الصحيحين علي اننا
نقول بموجب الاحاديث لكن لم قلتم ان هذا نكاح بغير ولي بل المراة ولية
نفسها لما ذكرنا من الدلايل واما قوله النكاح عقد ضرر فممنوع بل هو عقد //
منفعة عن الزنا واستيفاء المراة بالنفقة الا ان هذه المصالح لا تحصل الا //
بضرب ملك عليها اذ لو لم يكن لا تضيع ممنوعة عن الخروج والبروز
والتزوج بزوج اخر وفي الخروج والبروز فساد السكن لان قلب الزوج
لا يطمئن اليها وفي التزوج بزوج اخر فساد الفراش لانها اذا جاءت
بولد يشتبه النسب ويضيع الولد فالزم ضرب عليها نوع ملك ضرورة
حصول المنافع فكان الملك وسيلة الي المصالح والوسيلة الي المصلحة
مصلحة وتسمية النكاح رقا بطريق التمثيل لا بطريق التحقيق //
لانعدام حقيقة الرق وقوله عقلها ناقص قلنا هذا النوع من النقصان
لا يمنع العلم بمصالح النكاح ولا يسلب اهلية النكاح ولهذا لم تسلب اهلية
سائر التصرفات من المعاملات والديانات حتي تصح منها التصرف
في المال علي طريق الاسترباد وان كانت تجري في التصرف المالية
خيانات حقيقة لا تدرك الا بالتامل ويصح منها الاقرار بالحدود
والقصاص وتوجه عليها الخطاب بالايمان وشرايع الشرايع فدل
ان مالها من العقل والدليل عليه انه اعتبر عقلها في اختيار الازواج حتي
لو طلبت من الولي ان يزوجها من كفوء يعترض عليه التزويج حتي لو
امتنع يصير عاضلا ويتولي القاضي مناب في التزويج واما حديث
عايشة رضي الله عنها فقد قيل ان مداره علي الزهري فاعرض
عليه فانكره وهذا يوجب ضعفا في الثبوت يحقق الضعف ان راوي
الحديث عايشة رضي الله عنها ومن مذهبها جواز النكاح بغير
ولي والدليل عليه ما روي انها زوجت بنت اخيها عبد الرحمن بن المنذر
بن الزبير واذا كان مذهبها في هذا الباب هذا فكيف تروي حديثا لا تعمل

تسمية النكاح رقا

افتراض التزويج

به ولئن ثبت فيحمله على الامة لانه روي في بعض الروايات ايما امراة نكحت بغير اذن مواليها دل ذكر المواليي على ان المراد من المراة الامة وليكون عملا بالدلايل واما قول محمد ان للولي حقا في النكاح فنقول الحق في النكاح لهما على الولي لا للولي عليهما بدليل انهما تزوج على الولي اذا غاب غيبة منقطعة واذا كان حاضرا يجبر على التزوج واذا ابا او عضل تزوج عليه والمراة لا تجبر على النكاح اذا ابت واراد الولي فدل ان الحق لهما عليه ومن نزل حق نفسه في عقد له قبل غيره لم يوجب ذلك فساده على انه ان كان للمولي فيه ضرب حق لكنه اثره في المنع من اللزوم اذا زوجت نفسها من غير كفو لا في المنع من النفاذ والجواز لان حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يلحقهم من الشين والعاري بسبب غير الكفو ايهم بالصهرية فان زوجت نفسها من كفو فقد حصلت الصيانة وزوال المانع الرؤية فيلزم وان زوجت من غير كفو فبقي النفاذ وان كان ضررا بالاولياء ففي عدم النفاذ ضررها بابطال اهليتها والاصل في الضررين اذا اجتمعا ان يدفعا ما امكن وها هنا امكن دفعهما بان يقول بنفاذ النكاح دفعا للضرر عنهما وفي عدم اللزوم وثبوت ولاية الاعتراض للاولياء دفعا للضرر عنهم ولهذا نظير في الشرع فان العبد المشتري بين اثنين اذا كان احدهما غصبه فنفذ دفعا للضرر عنه حتى لو ادى بدل الكتابة يعتق لكنه لم يلزم حتى كان للشريك الاخر حق فسخ الكتابة قبل اداء البدل دفعا للضرر عنه وكذا العبد اذا احرم بحجة او بعمرة صح احرامه حتى لو اعتق يمضي في احرامه لكنه لم يلزم حتى ان للمولي ان يحلله دفعا للضرر عنه وكذا الشفيع حتى تملك الدار بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه ثم لو وهب المشتري الدار ونقدت هبته دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا

فصل واما شرط التقدم فقرب القرابة يتقدم الاقرب على الابعد سواء كانت في العصبات او في غيرها على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعلى اصلهما هذا شرط التقدم لكن في العصبات خاصة بناء على ان العصوبة شرط ثبوت اصل الولاية عندهما وعنده هي شرط التقدم على غيرها من

القرابات

القرابات فما دام عصبة فالولاية لهم تتقدم على الابعد وعند عدم العصبات تثبت الولاية لذوي الرحم الاقرب منهم على الابعد وعند عدم العصبات وانما اعتبر الاقرب فالاقرب في الولاية لان هذه ولاية نظر وتصرف الاقرب انظر في حق المولي عليه لانه اشفق فكان هو اولي من الابعد ولان الولاية ان كان استحقاقها بالتعصيب كما قالا فالابعد لا يكون عصبة مع الاقرب فلا ولي معه وان كان استحقاقها بالوراثة كما قال ابو حنيفة فالابعد لا يرث مع الاقرب فلا يكون وليا معه واذا عرف هذا نقول اذا اجتمع الاب والجد في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة فالاب اولي من الجد ابي الاب والجد اب الاب وان علا اولي من الاخ لاب وام اولاب وام والاخ اولي من العم هذا عند ابي يوسف ومحمد الجد والاخ سواء في الميراث فان الاخ لا يرث مع الجد عندهما فكان بمنزلة الاجنبي وعندهما يشتركان في الميراث فكانا كالاخوين وان اجتمع الاب والابن في المجنونة فالابن اولي عند ابي يوسف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول ابي حنيفة مع قول ابي يوسف وروي للعلا عن ابي يوسف انه قال ايهما زوج جاز وقال محمد وان اجتمعا قلت للاب زوج وقال محمد الاب اولي به وجه قول محمد ان هذه الولاية تثبت نظرا للمولي عليه وتصرف الاب انظر لها لانه اشفق عليهما من الابن ولهذا كان هو اولي بالتصرف في مالهما وكان الاب من قومهما والابن ليس منهم الا ترى ان الله تعالى اضاف الاب اليه فكان اثبات الولاية عليهما للاب اشبه اولي وجه قول ابي يوسف ان ولاية التزويج مبنية على العصوبة والاب مع الابن اذا اجتمعا فالابن هو العصبة والاب صاحب فرض فكان كالاخ لام مع الاخ لاب وام وجه رواية العلا انه وجد في كل واحد منهما ما هو سبب التقدم اما الاب فلانه من قومهما وهو اشفق عليهما واما الابن فلانه ابعد منهما بالتعصيب وكل واحد من هذين سبب التقدم فايهما زوج جاز وعند الاجتماع يقدم الاب

تعظيما واحتراما له وكذلك اذا اجتمع الاب وابن الابن وان سفل فهو على
هذا الخلاف والافضل في المسئلتين ان يفوض الابن النكاح الى الاب احتراما
للاب واحترازا عن موضع الخلاف وعلى هذا الخلاف اذا اجتمع الجد والابن
قال ابو يوسف الابن اولى وقال محمد الجد اولى والوجه في الجانبين على نحو
ما ذكرنا واما الجد والاخ فهو على الخلاف الذي ذكرنا بين ابي حنيفة وصاحبه
واما من غير العصبات فكل من يرث يزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ومن
لا فلا وبيان من يرث منهم ومن لا يرث يعرف في كتاب الفرائض
ثم انما يتقدم الاقرب على الابعد اذا كان الاقرب حاضرا اوغائبا غيبة غير منقطعة واما اذا غاب
منقطعة فللابعد ان يزوج في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ولاية
للابعد مع قيام الاقرب بحال وقال الشافعي يزوجها السلطان وحكي
شاذ نحياني ولاية الاقرب انها تزول بالغيبة او تبقى قال بعضهم انما
بقية الاالحدثت للابعد ولاية بغيبة الاقرب. ثم صار كان ذلها ولين
ستوين في الدرجة كالاخوين والعمين وقال بعضهم تزول ولايته
وتنتقل الى الابعد وهو الاصح وجه قول زفر ان ولاية الاقرب قائمة
لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة ولهذا لو زوجها
حيث هو جوز وقيام ولايته يمنع الانتقال الى غيره والشافعي يقول
ان ولاية الاقرب بافية كما قال زفر الا انه امتنع دفع حاجتهما من قبل الاقرب
مع قيام ولايته عليهما بسبب الغيبة فثبتت الولاية للسلطان كما اذا
خطبها كفو وامتنع الولي من تزويجها منه ان للقاضي ان يزوجها
والجامع بينهما دفع الضرر عن الصغيرة ولنا ان في ثبوت الولاية للابعد
زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له الولاية كما في الاب مع الجد اذا كانا
حاضرين ودلالة ما قلناه ان الابعد اقدر على تحصيل النظر للعاجز لان
مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والمهر ولا شك ان الابعد متمكن
من احراز الكفو الحاضر حيث لا يفوته غالبا والاقرب الغايب غيبة منقطعة
لا يقدر على احرازه غالبا لان الكفو الحاضر لا ينتظر حضوره واستطلاع رايه

غالبا

غالبا والاقرب الغايب غيبة منقطعة لا يقدر على احرازه غالبا لان الكفو
الحاضر لا ينتظر حضوره واستطلاع رايه غالبا وكذا الكفو المطلق لان
المراة تخطب حيث هي عادة فكان الابعد اقدر على احرازه الكفو من الاقرب
فكان اقدر على احراز النظر فكان اولى بثبوت الولاية اذ المرجوع في
مقابلة الراجح ملحق بالعدم في الاحكام كالمه الاب مع الجد واما قوله
ان ولاية الاقرب قائمة فممنوع ولا يسلم انه يجوز انكاحه بل لا يجوز
وولايته منقطعة بواحدة وقد روي عن اصحابنا ما يدل على هذا
فانهم قالوا اذا الاقرب اذا كتب كتابا الى الابعد ليقدم رجلا في الصلاة
على جنازة الصغيرة فان الابعد ان يمتنع عن ذلك ولو كانت ولايته
قائمة لما كان له الامتناع كما اذا كان الاقرب حاضرا فقدم رجلا ليس
للابعد ولاية المنع والمعقول يدل عليه وهو اذ ثبوت الولاية لحاجة
المولى عليه ولا ينتفع لحاجته برأي الاقرب لحذر وجه من ان يكون
منتفعا به بالغيبة فكان ملحقا بالعدم فصار كانه قال حين اومات
اذ للموجود الذي لا ينتفع به والعدم الاصلي سواء ولان القول بثبوت
الولاية للابعد بذلك فتزوجها من غيره فيطاها الزوج الثاني
ويحبل بالاولاد ثم يظهر اعتبار زوجة الاول وفيه من الفساد ما لا يخفى
ثم ان سلمنا على قول بعض المشايخ فلا بأس في بين الولاية
فانهما زوج جاز كما اذا كان لها اخوان او عمان في درجة واحدة
وفيه كمال النظر في حق العاجز لان الكفوان اتفقا حيث الابعد
زوجها منه فيكمل النظر الا ان في حال الحضرة يرجح الاقرب بافضل
زيادة الشفقة لزيادة القرابة وبه تبين ان نقل الولاية الى السلطان
باطل لان السلطان ولي من لا ولي له وها هنا لها ولي او وليان
فلا تثبت الولاية للسلطان الى عند الفصل من الولي ولم يوجد
والله الموفق واختلف الاقاويل في تحديد الغيبة المنقطعة عن
ابي يوسف روايتان في رواية قال ما بين بغداد والري وفي رواية

انعدام اقول الغيبة المنقطعة

سيرة شهر فصاعدا وما دونه فليس بغيبة منقطعة وعن محمد روايتان ايضا روي عنه ما بين الكوفة والري وروي عنه من الرقة الى البصرة وذكر ابن سماعة اذا كان غائبا في موضع لا تصل اليه القوافل والرسل في السنة الا مرة واحدة فهو غيبة منقطعة وان كان لا يفوت فليست بمنقطعة وهذا اقرب الى الفقه لان التعويل على تحصيل النظر للمولى عليه ودفع الضرر عنه وذلك فيما قاله هذا اذا اجتمع في الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والكبير والكبيرة ولي احدهما اقرب والآخر ابعد فاما اذا كانا في الدرجة على السواء كالاخوين والعمين وكخؤ لك فكل واحد منهما على حياله ان يزوج رضي الآخر او سخط لعدان كان التزوج من كفو بمهر وافر هذا قول العلماء وقال مالك ليس لاحد الاولياء ولاية الانكاح ما لم يجتمعوا بناء على ان هذه الولاية ولاية شركة عنده وعند العامة ولاية الاستيداد ووجه قوله ان سبب هذه الولاية هي القرابة وانها مشتركة بينهم فكانت الولاية مشتركة لان الحكم يثبت على وفق العلة وصارت كولاية الملك فان الجارية بين اثنين اذا زوجها احدهما لا يجوز من غير رضي الآخر لما قلنا كذا هذا ولنا ان الولاية لا تتجزى تثبت بسبب لا يتجزى وهو القرابة وحالا يتجزى اذا ثبت لجماعة بسبب لا يتجزى يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره كولاية الامام بخلاف ولاية الملك لان سببها الملك وانه متجزئ فيتقدر بقدر الملك فان زوجها كل واحد من الوليين رجلا على حدة فان وقع العقدان معا بطلا جميعا لانه لا سبيل الى الجمع بينهما وليس احدهما باولى من الآخر وان وقعا مرتبا فان كان لا يدري السابق منهما فكذلك لما قلنا ولانه لو جاز بالتجزي ولا يجوز العمل بالتجزي في الفروج وان علم السابق منهما من اللاحق

جاز الاول ولم يجز الآخر وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا انكح الوليان فالاول احق واما اذا زوج احد الاوليا الحرة العاقلة البالغة برضاها من غير كفو بغير رضي الباقين فحكمه يذكر في شرائط اللزوم ان شاء الله **فصل** واما ولاية الولاء فسبب ثبوتها هو الولاء قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ثم السبب سبب لثبوت الولاية كذا الولاء والولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة واما ولاء العتاقة وولاية ولاء العتاقة نوعان ولاية حتم وايجاب وولاية ندب واستحباب عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد ولاية استيداد وولاية شركة على ما بيناه في ولاية القرابة وشرط ثبوت هذه الولاية ما هو شرط ثبوت تلك الولاية الا ان هذه الولاية اختصت بشرط وهو ان لا يكون للمعتق عصبة من جهة القرابة فان كانت فلا ولاية للمعتق لانه لا ولاء لان مولي العتاقة آخر العصبات وان لم يكن ثم عصبة من جهة القرابة فله ان يزوج سواء كان للمعتق ذكرا او انثى واما مولي الموالاة فله ولاية التزوج في قول ابي حنيفة رحمه الله عند اجتماع سائر الشرائط والقدام سائر الورثة لانه آخر الورثة وعند ابي يوسف ومحمد ليست له ولاية التزوج اصلا وراسا لان العصوبة شرط الولاية عندهما ولم يوجد **فصل** واما ولاية الامام فهي نوعان ايضا كولاية القرابة وشرطها ما هو شرط تلك الولاية في النوعين جميعا ولها شرطان آخران احدهما يعم النوعين جميعا وهو ان لا يكون هناك ولي اصلا لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له والثاني يخص احدهما وهو ولاية الندب والاستحباب او ولاية الشركة على اختلاف الاصلين وهو الفصل من الولي لان الحرة العاقلة البالغة اذا طلبت النكاح من كفو وجب عليه التزويج منه لانه منهي عن العضل والنهي عن الشيء امر بضده فاذا امتنع فقد اضر بهما والامام نصب لدفع الضرر فتشمل الولاية

ولاية الولا

اليه وليس للوصي ولاية الانكاح لانه يتصرف بالامر فلا يعدو امر موضع الامر كالوكيل
وان كان للميت اوصى اليه لاعلك ايضا لانه اراد بالوصاية اليه تملك ولاية
الانكاح فانما لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت وكذا التصرف لانعدام سبب
ثبوت الولاية في حقه اصلا ولو انكح ينعقد موقوفا على الاجازة عندنا وعند
الشافعي لا ينعقد اصلا ويذكر المسئلة في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى **فصل**
وسنها الشهادة وهي حضور الشهود والكلام في هذا الشرط في ثلاثة مواضع
احدها في بيان اهل الشهادة شرط جواز النكاح ام لا والثاني في بيان صفات
الشاهد الذي ينعقد النكاح بحضوره والثالث في بيان وقت الشهادة
اما الاول فقد اختلف اهل العلم فيه قال عامة العلماء ان الشهادة شرط
جواز النكاح وقال مالك ليست بشرط وانما الشرط هو الاعلان حتى لو
عقد النكاح وشرط الاعلان جاز وان لم يحضر شهود ولو حضرته شهود
وشرط عليهم الكتمان لم يجز ولا خلاف في ان الاشهاد في سائر العقود
وليس بشرط لكونه مندوبا اليه ومستحبا قال الله تعالى في باب المداينة
يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه والكتابة
لا تكون لنفسها بل هي للاشهاد ونص عليه بقوله في قوله واستشهدوا
شهيدين من رجالكم وقال في باب الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم وجه
قول الشافعي قالوا ان النكاح انما يمتاز عن السفاح بالاعلان وان الزنا يكون سرا
فيجب ان يكون النكاح علانية وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن نكاح السر والنهي عن السر يكون امرا بالاعلان لان النهي عن الشيء
امر بضده وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اعلنوا النكاح ولو بالدف
ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود
وروي لا نكاح الا بشاهدين وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة ولو
لم تكن الشهادة شرطا لم تكن زانية بدونها ولان الحاجة ماسة الى دفع
تهمة الزنا عنهما ولا تندفع الا بالشهود لانها لا تندفع الا بالجهود بالنكاح وانما

الشهادة في النكاح

واستشهاده

واستشهاده ولا يشتهر الا بالقول المشهود وبه تبين ان الشهادة
في النكاح ما شرطت للحاجة الى دفع الجحود والانكار لان ذلك يندفع
بالظهور والاشتهار لكره الشهود على النكاح بالسماع من العاقدين
وبالتسامع وبهذا فارق سائر العقود فان الحاجة الى الشهادة هناك
لدفع احتمال الشهود النسيان والجحود والانكار في الثاني اذ ليس لهما
ما يشتهرها فيدفع به الجحود فتقع الحاجة الى الدفع بالشهادة فتدبر فيما
وما روي انه نهى عن نكاح السر فنقول بموجبه لكن نكاح السر ما لم
يحضره شاهدان فاما اذا حضره شاهدان فهو نكاح علانية لان نكاح سر
اذ السر اذا جاوز اثنين خرج من ان يكون سرا قال الشاعر وسركم ما كان
عند امرء وسر الثلاثة غير الخفي وكذلك قوله اعلنوا النكاح لانهما اذا
احضراه شاهدين فقد اعلناه وقوله ولو بالدف نذب الى زيادة
اعلان وهو مندوب والله الموفق للصواب **فصل** واما صفات الشاهد
الذي ينعقد به النكاح وهو شرائط وهي تحمل الشهادة للنكاح فمنها
العقل ومنها البلوغ ومنها الحرية فلا ينعقد النكاح بحضرة المجانين
والصبيان والمماليك فمن كان المملوك او مدبرا او مكاتبا من مشايخنا
من اصل في هذا اصلا فقال كل من صلح ان يكون وليا في النكاح ولاية نفسه
يصلح شاهدا فيه وما لا فلا وهذا الاعتبار صحيح لان الشهادة من باب الولاية
لانها يتعدى الحكم الى الغير والولاية هي نفاذ المسئلة وهؤلاء ليس لهم ولاية
الانكاح لانه لا ولاية لهم على النفس فكيف يكون لهم ولاية على غيرهم الا ترى ان المكاتب
قادر على التزوج لكن لا بولاية نفسه بل بولاية مولاه بتسليطه على ذلك
لعقد الكتابة فكان التزوج من المولى من حيث المعنى فلا يصلح شاهدا
ومنهم من قال كل من يملك قبول عقد بنفسه ينعقد ذلك العقد بحضوره
ومن لا فلا وهذا الاعتبار صحيح ايضا لان الشهادة من شرائط ركن العقد
وركنه هو الايجاب والقبول ولا وجود للركن بدون القبول وكما لا وجود للركن
حقيقة لا وجود له شرعا بدون الشهادة وهؤلاء لا يملكون قبول العقد

بانفسهم فلا ينعقد النكاح بحضورهم وعن ابي يوسف انه اصل فيه اصلا وقال
كل من جاز الحكم بشهادته في قول بعض الفقهاء ينعقد النكاح بحضوره ومن
لا يجوز الحكم بشهادته عندا حد لا ينعقد بحضوره وهذا الاعتبار صحيح
ايضا لان الحضور لفائدة الحكم عما عند الاداء فاذا جاز الحكم عبد في الجملة
كان الحضور مفيدا ولا يجوز الحكم بشهادة هؤلاء عند احد من الفقهاء الا
ترى ان قاضيا لو قضى بشهادتهم يفسخ عليه قضاؤه **فصل**
ومنها الاسلام في نكاح المسلم المسلمة فلا ينعقد نكاح المسلم المسلمة
بشهادة الكفار لان الكافر ليس من اهل الولاية على المسلم قال الله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وكذا لا يملك الكافر قبول نكاح
المسلم ولو قضى قاض بشهادتهم على المسلم ينقض قضاؤه واما المسلم
اذا تزوج بشهادة ذميين فانه يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف
سواء كانا موافقين لهذه الملة او مخالفين وقال محمد وزفر والشافعي
لا يجوز والكلام مع الشافعي مبني على ان شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض
مقبولة على اصل اصحابنا وعلى اصله غير مقبولة واما الكلام مع محمد وزفر فما
احتجا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي
وشاهدي عدل والمراد منه عدالة الدين لاعدالة التقاطي لاجماعنا على
ان فسق التقاطي لا يمنع انعقاد النكاح ولان الشهادة شرط جواز العقد
والعقد يتعلق وجوده بكل واحد من الزوج وطرف المرأة ولم يوجد الاشهاد
على الطرفين لان شهادة الكافر حجة في حق الكافر ليست حجة في حق المسلم
فكانت شهادته ملحقة بالعدم فلم يوجد الاشهاد على الطرفين لان
~~شهادة الكافر حجة في حق الكافر ليست حجة في حق المسلم فكانت شهادته~~
~~ملحقة بالعدم~~ فلم يوجد الا شهاد في جانب الزوج فصار كما لو سمع
كلام المرأة دون كلام الرجل ولو كان كذلك لم ينعقد النكاح كذا هذا ولهما عموم
النكاح من الكتاب والسنة نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا
وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا

وقوله

وقوله تناكحوا وتبرد لك مطلقا عن شرط الآباء اصل الشهادة واعلا
السنا هد صار شرطا في النكاح الزوجين المسلمين بالاجماع نعم
ادعي كونه شرطا في نكاح المسلم الذمية فعليه الدليل وروي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وروي
لا نكاح الا بشاهدين والاستثنا من النفي اثبات ظاهرا
سمى النكاح بشهود لان الشهادة في اللغة عبارة عن الاعلام او البيان
والكافر من اهل الاعلام والبيان لان ذلك يقف على العقل واللسان
والعلم بالمشهود به وقد وجد الاشهادته على المسلم خصته من
عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم داخلة تحته ولان الشهادة من
باب الولاية لما بينا والكافر الشاهد يصلح وليا في هذا العقد لولاية
نفسه ويصلح قابلا لهذا العقد بنفسه ويصلح شاهدا وكذا يجوز للقاضي
الحكم بشهادته هذه للمسلم لانه محل الاجتهاد على ما نذكره ولو قضى
لا ينقض قضاؤه ينعقد النكاح بحضوره واما الحديث فقد قيل انه ضعيف
ولئن ثبت فيحمل على نفي الندب والاستحباب توفيقا بين الدلائل
واما قوله العقد حلي عن الاشهاد في جانب الزوج لان شهادة الكافر
ليست بحجة في حق المسلم فنقول شهادة الكافر اذا لم تصلح حجة للكا
على المسلم تصلح حجة للمسلم على الكافر لانها انما لم تصلح حجة على المسلم لانها
من باب الولاية وفي جعلها على المسلم اثبات الولاية للكافر على المسلم وهذا
لا يجوز وهذا المعنى لم يوجد ها هنا لانا اذا جعلناها حجة للمسلم كان فيه
اثبات الولاية للكافر على الكافر وهذا جائز سلمنا ان قوله ليس بحجة
في حق المسلم لكن يسمع من قوله حجة ليس بشرط لانعقاد النكاح فانه
ينعقد بحضرة من لا تقبل شهادته على ما نذكر وهل يظهر نكاح المسلم الذمية
بشهادة ذميين عند الدعوى ينظر في ذلك ان كانت المرأة هي المدعية للنكاح
على المسلم والمسلم منكر لا يظهر بالاجماع لان هذه شهادة الكافر على المسلم وانها
انها غير مقبولة وان كان الزوج هو المدعي والمرأة منكرة فعلى اصل ابي حنيفة

وابي يوسف يظهر واختلف المشايخ على اصل محمد قال بعضهم يظهر كما قالا وقال
بعضهم لا يظهر ووجهه ان الامر لا يخلو اما ان يشهدا على نكاح حضراه واما
ان يشهدا على نكاح حضرا ومسلمان ايضا غيرهما فان شهدا على نكاح حضراه
فقط لا تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على نكاح فاسد عنده وان شهدا
على انهما حضراه ومعهما مسلمان لا تقبل ايضا لان هذه ان كانت شهادة
الكافر على الكافر لكن فيهما اثبات فعل المسلم فيكون شهادة المسلم على المسلم
فلا تقبل كمسلم ادعى عبدا بيد ذمي فجحد الذمي دعوى المسلم وزعم
ان العبد عبده فاقام المسلم على المسلم شاهدين ذميين ان العبد عبده
قضى له به على هذا الذمي قاض لا تقبل شهادتهما فان كانت هذه شهادة
الكافر على الكافر لكن لما كان فيهما اثبات فعل المسلم بشهادة الكافر وهو
قضاء القاضي لم تقبل كذا هذا ووجه الكلام لابي حنيفة وابي يوسف
على نحو ما ذكرنا في جانب الانعقاد ان الشهادة من جانب الولاية وللكافر ولاية
على الكافر ولو كان الشاهدان وقت التحمل كافرين ووقت الاداء مسلمين
تشهد للزوج في اصلهما لا شكل انه تقبل شهادتهما لانهما لو كانا في
الوقتين جميعا كافرين تقبل فهاهنا اولى واختلف المشايخ على اصل محمد
قال بعضهم تقبل وقال بعضهم لا تقبل **فصل** ومنها سماع الشاهدين كلام العاقدين جميعا حتى لو سمعا كلام احدهما دون الآخر او سمع احدهما والآخر
لا يجوز النكاح لان الشهادة اعني حضور الشهود شرط ركن العقد وركن
العقد هو الايجاب والقبول فاذا لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة على
الركن فلا يوجد شرط الركن **فصل** ومنها العدد فلا ينعقد النكاح بشاهد
واحد لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين
واما عدالة الشاهد فليست بشرط لانعقاد النكاح عندنا فينعقد النكاح
بحضور الفاسقين وعند الشافعي شرط ولا ينعقد الا بحضور من ظاهره
العدالة واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا
بولي وشاهدي عدل ولان الشهادة خبر يرجح جانب الصدق على جانب

سماع الشاهدين

الكذب

الكذب والرجحان انما يثبت بالعدالة ولنا ان عموم قوله النكاح مطلقة عن
شرط ثم اشتراط اصل الشهادة بصفة العدل ثبت بالدليل فمن ادعى
شرط العدالة فعليه البيان ولان الفسق لا يقدح في ولاية الانكاح بنفسه
لما ذكرنا في شرائط الولاية وكذا لا يقدح في ولاية القبول بنفسه فلا يقدح
في الشهادة وكذا يجوز للحاكم الحكم بشهادته في الجملة ولو حكم لا ينقض
حكمه لانه محل الاجتهاد فكان من اهل تحمل الشهادة والفسق لا يقدح
في اهلية التحمل وانما يقدح في الاداء فيظهر اثره في الاداء لا في انعقاد وقد
ظهر حتى لا يجب على القاضي القضاء بشهادته ولا يجوز ايضا لانه اخبر
القاضي الصدق في شهادته وكذا كون الشاهد غير محدود في القذف
ليس بشرط لانعقاد النكاح فينعقد بحضور المحدود في القذف غير
انه ان كان قد تاب بعد ما حد ينعقد النكاح بالاجماع وان كان لا تقبل
عندنا على التابيد خلافا للشافعي لان كونه مردود الشهادة على التابيد
يقدح في الاداء لا في التحمل ولانه يصلح وليا في النكاح بولاية نفسه ترجح
القبول منه بنفسه ويجوز القضاء بشهادته في الجملة فينعقد النكاح
بحضوره وان حد ولم يتب اولم يعلم ولم يجد ينعقد عندنا خلافا للشافعي
وهي مسئلة شهادة القاذف وكذا بصر الشاهد ليس بشرط فينعقد النكاح
بحضور الاعمى لما ذكرنا ولان العمى لا يقدح الا في الاداء للعذر المميز بين
المشهود عليه وبين المشهود له الا ترى انه لا يقدح في ولاية الانكاح ولا في
قبول النكاح بنفسه ولا في البيع من جواز القضاء بشهادته في الجملة فكان من
اهل ان ينعقد النكاح بحضوره وكذا ذكورة الشاهدين ليست بشرط عندنا
فينعقد النكاح بحضور رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعي هي شرط لا ينعقد
الا بحضور رجلين وتذكر المسئلة في كتاب الشهادات وكذا اسلام الشاهد
ليس بشرط في نكاح الكافرين فينعقد نكاح الزوجين الكافرين بشهادة
كافرين وكذا تقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض من سوا انتحلت ملتهم
او اختلفت وهذا عندنا وعند الشافعي اسلام الشاهد شرط لا ينعقد نكاح

نكاح الكفار بشهادة الكفار ولا تقبل شهادتهم ايضا والكلام في القبول
نذكره في كتاب الشهادات ونتكلم ها هنا في انعقاد النكاح بشهادة الكفار
احتج الشافعي بالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا
بولي وشاهدي عدل ولا عدالة مع الكفر لان الكفر اعظم الظلم والفحشة
فلا تكون الكافر عدلا فلا ينعقد النكاح بحضورهم ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين والاستثنا من النفي
اثبات من حيث الظاهر والكفر لا يمنع كونه شاهدا لما ذكرنا وكذا الامة
اما تكون وليا في النكاح بولاية نفسه ولا قابلا للعقد بنفسه ولا احواجنا
التعنا بشهادته في الجملة فلا يمنع انعقاد نكاح الزوجين الكافرين
مجنونين وكذا كون شاهد النكاح مقبول الشهادة عليه ليس بشرط لا
نعقاد النكاح بحضوره لا ينعقد النكاح بحضور من لا تقبل شهادته
عليه اصلا كما اذا تزوج امرأة بشهادة ابنيه منها وهذا عندنا وعند
الشافعي لا ينعقد وجه قوله ان الشهادة في باب النكاح للحاجة الى صيانة
عن الجحود والانكار والصيانة لا تحصل الا بالقبول فاذا لم تكن مقبول
الشهادة لا تحصل الصيانة ولنا ان الشهادة في النكاح لدفع تهمة الزنا
لا لصيانة العقد عن الجحود والانكار والتهمة تندفع بالحضور من غير
قبول على ان معنى الصيانة تحصل بسبب حضورهما وان كانا لا تقبل
شهادتهما لان النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما واذا ظهر واشتهر قل
الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة وكذا اذا تزوج امرأة بشهادة
ابنيه لا منها او ابنيها لانه يجوز لما قلنا ثم عند وقوع الجحود والانكار
يتظهر ان وقت شهادتهما لواحد من الابوين لا تقبل وان وقت عليه
تقبل لان شهادة الابن لابويه غير مقبولة وشهادتهما عليهما مقبولة له
ولو زوج الاب ابنته من رجل بشهادة ابنيه وهما اخوا المرأة فلا شك ان
يجوز النكاح اذا وقع الجحود بين الزوجين فان كان الاب مع الجاحد منهما
ايهما كان تقبل شهادتهما لانها شهادة على الاب فتقبل وان كان الاب

مع

مع المدعي منهما ايهما لا تقبل شهادتهما عند ابي يوسف وعند محمد تقبل فابو يوسف
نظر الى الدعوى والانكار وقال اذا كان الاب مع المنكر فشهادتهما تقع على الاب
فتقبل واذا كان المدعي فشهادتهما تقع للاب لان التزوج كان من الاب
فلا تقبل ومحمد نظر الى المنفعة وعدم المنفعة فقال اذا كان للاب منفعة
لا تقبل سواء كان مدعيا او منكرا وان لم يكن له منفعة تقبل وها هنا الاستفة
للاب فتقبل والصحيح نظر محمد رحمه الله لان المانع من القبول هو التهمة
ولا عبرة لتشاهد عن النفع وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا قال رجل لعبده ان
كلمك زيد فانت حر ثم قال العبد كلمني زيد وانكر المولى فشهد للعبد ابنا
زيد ان اباهما قد كلمه والمولى منكر تقبل شهادتهما في قول محمد رحمه
الله سواء كان زيد يدعي الكلام او لا يدعي لانه لا منفعة لزيد في الكلام
وعند ابي يوسف رحمه الله ان كان زيد يدعي الكلام لا تقبل وان كان لا
يدعي تقبل وكذلك هذا الاختلاف فيمن وكل عن غيره في عقد ثم شهد
ابنا الوكيل على العقد فان كان حقوق العقد لا ترجع الى العاقد تقبل شهادتهما
عند محمد سواء ادعى الوكيل او لم يدع لانه ليس فيه منفعة وعند ابي يوسف
ان كان يدعي لا تقبل وان كان منكرا تقبل **فصل** واما بيان وقت هذه
الشهادة وهي حضور الشهود فوقتها وقت وجود ركن العقد وهو الايجاب
والقبول لا وقت وجود الاجازة حتى لو كان العقد موقوفا على الاجازة
فحضروا عند الاجازة ولم يحضروا عند العقد لم يجز لان الشهادة شرط ركن
العقد فيشترط وجودها عند الركن والاجازة ليست بركن بل هي شرط النفاذ
في العقد الموقوف وعند وجود الاجازة يثبت الحكم بالعقد من حين وجوده
فتعتبر الشهادة في ذلك الوقت والله الموفق **فصل** وسببها كون المرأة
محللة وهي ان لا تكون محرمة على التابيد بحال والمحرمات على التابيد ثلاثة
انواع محرمات بالقرابة ومحرمات بالمصاهرة ومحرمات بالرضاع
اما النوع الاول فالمحرمات بالقرابة سبع فروع الامهات والبنات والاخوات
والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتي ارضعنكم

المحرمات

الاية اخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات فاما ان ليعم جميعة الكلام
ويقال بحرمة الاعيان كما هو مذهب السنة والجماعة وهي منع الله الاعيان
عن تصرفاتها بايجادها من ان تكون محلا لذلك شرعا وهو التصرف
الذي يعتاد ايقاعه بجنسها وهو الاستمتاع والنكاح واما ان يحضر
فيه الفعل وهو الاستمتاع او النكاح وفي تحريم كل واحد منهما تحريم
الاخر لانه اذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لم يكن النكاح
معتدا لخلوه عن الفائدة المعتبرة فكان تحريم الاستمتاع تحريما للنكاح
واذا حرم النكاح فانه شرع وسيلة الى الاستمتاع والاستمتاع هو
المقصود فكان تحريم الوسيلة تحريما للمقصود من طريق الاولى اذا
عرف هذا فنقول حرم على الرجل امه بنص الكتاب وهو قوله
تعالى حرمت عليكم امهاتكم وحرم عليه جداته من قبل ابيه وامه وان علون
لدلالة النص لان الله تعالى حرم الامهات والخالات وهي اولاد الاجداد
والجدات فكانت الجدات اقرب منهن فكان تحريمهن تحريما للجدات
من طريق الاولى كتحريم التافيف نصا يكون تحريما للشتم والضرب دلالة
وعليه اجماع الامة ايضا وحرم عليه بناته بالنص وهو قوله تعالى
وبناتكم وحرم بنات بناته وبنات ابنائه وان سفلن بدلالة النص
لانهن اقرب من بنات الاخ والاخت ومن الاخوات ايضا لان الاخوات
اولاد ابيه وعن اولاده فكان ذكر الحرمة هناك ذكرا هاهنا
دلالة وعليه الاجماع ايضا وحرم عليه اخواته وعماته وخالاته
بالنص وهو قوله تعالى واخواتكم وعماتكم وخالاتكم سواكن لاب
وام اولاب اولام لاطلاق اسم الاخت والعمة والخالة وحرم عليه عمة ابيه
وخالته لاب وام اولاب اولام وعمة امه وخالتها لاب وام اولاب اولام بالاجماع
وكذا عمة جده وخالته وعمة جدته وخالتها لاب وام اولاب اولام حرم بالاجماع
وحرم عليه بنات الاخ وبنات الاخت بالنص وهو قوله تعالى وبنات الاخ وبنا
الاخت وبنات بنات الاخ والاخت وان سفلن بالاجماع وسيهم من قال انحرمة

الجدات

الجدات وبنات البنات وغيرهن ممن ذكرنا يثبت بالنص ايضا لان اطلاق
الاسم عليهن فان جدة الانسان تسمى امه وبنت بنته تسمى بنتا
له فكانت حرمتهن ثابتة لكن لم يكن بين حكمهما منافاة لان الطلاق اسم الام
على الجدة والطلاق اسم البنت على بنت البنت بطريق المجاز الا ترى الى
من نفى اسم الام والبنت عنهما كان صادقا في النفي وهذا من العلامات
التي تفرق به بين الحقيقة والمجاز وقد ظهر اثر هذه التفرقة في الشرع
ايضا حتى ان من قال لرجل لست بابن فلان الجدة لا يصير صادقا له
حتى لا يؤخذ بالجد ولا نكاح هؤلاء يفضي الى قطع الرحم لان النكاح
لا يخلوا عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري
الحشونة بينهما وذلك يفضي الى قطع الرحم فكان النكاح سببا لقطع
الرحم مفضيا اليه وقطع الرحم حرام والمفضي الى الحرام حرام وهذا
المعنى يعم الفرق السبع لان قرابتهن من محرمة القطع واجبة الوصل
وخص الامهات معنى اخر وهو ان احترام الام وتعظيمها واجب
ولهذا امر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما
والقول الكريم ونهى عن التافيف لهما فلو جاز النكاح والمرأة تكون
تحت امر الزوج وطاعته وخدمته مستحقة عليها للزم ذلك وانه
ينفي الاحترام ويودي الى التناقض وحل بنت العمة والخالة وبنت
العم والخال لان الله تعالى ذكر المحرمات في اية التحريم ثم اخبر انه احل
ما وراء ذلك بقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وبنات الاعمام والاخوال والعمات
والخالات لم يذكرن في المحرمات فكن مما وراء ذلك فكن محللات
وكذا عمومات النكاح لا توجب الفصل ثم خص منها المحرمات المذكور
في اية التحريم فبقي غيرهن تحت العموم وقد ورد نص خاص في الباب
وهو قوله تعالى يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجك الى قوله وبنات عمك
وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن فهذه الاية
والاصل فيما ثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ان يثبت لامته والخصوص بدليل

والله الموفق **فصل** واما النوع الثاني بالمحرمات بالمصاهرة اربع
وقع الفرقة الاولى ام الزوجة وجداتها من قبل ابيها وامها وان علون
فتحرم على الرجل ام زوجته بنص الكتاب وهو قوله تعالى وامهات نسائكم
معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم سواء كان دخل بزوجته
او كان لم يدخل بها عند عامة العلماء وقال مالك وداود الاصبهاني ومحمد
بن سحاع البلخي وبشر المريسي ام الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس
العقد ما لم يدخل بابنتها حتى ان من تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول
او ماتت لا يجوز له ان يتزوج بامها عند عامة العلماء وعندهم تجوز و
المسئلة مختلفة بين الصحابة وروي عن عمر وعلي وعبد الله بن عباس
وزيد بن ثابت وعمران بن حصين رضي الله عنهم مثل قول العامة وروي
عن عبد الله بن مسعود وجابر رضي الله عنهما مثل قولهم وفي الموت مثل
قول العامة وجعل الموت كالدخول لانه بمنزلة الدخول في حق المهر فكذا
في حق التحريم احتج بقوله تعالى وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي
في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ذكر امهات النساء وعطف
ربائب النساء عليهن في التحريم بحرف العطف ثم عقب الجملتين بشرط
الدخول والاصل ان الشرط المذكور او الاستثناء بمشيئة الله تعالى عقيب
جمل معطوف بعضها على بعض بحرف العطف كل جملة مبتدا وخبر ينصرف
الى الكل لا الى ما يليه خاصة كمن قال لعبده حر وامرأته طالق وعليه
حج بيت الله تعالى ان فعل كذا او قال ان شاء الله فعند الكل ينصرف
شرط الدخول الى الجملتين جميعا فلا تثبت الحرمة بدونه ولنا ان
قوله تعالى وامهات نسائكم كلام تام بنفسه منفصل عن الذكور
لفظه لانه مبتدا وخبر اذ هو معطوف على ما تقدم ذكره من قوله
حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الى قوله وامهات نسائكم والمعطوف شيء
المعطوف عليه في حكمه ويكون خبر الاول خبر الثاني كقولك جاءني زيد
وعمر ومعناه جاءني زيد وجاءني عمرو فكان معنى قوله وامهات نسائكم

اي وحرمت عليكم امهات نسائكم والله مطلق عن شرط الدخول
فمن ادعى ان الدخول المذكور في اخر الكلمات منصرف الى الكل فعليه
الدليل وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال اذا نكح الرجل امرأة ثم طلقها قبل ان يدخل
بها فله ان يتزوج ابنتها وليس له ان يتزوج الام وهذا نص في
المسئلتين وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل ان يدخل بها او
ماتت عنده فلا يحل له ان يتزوج امها وهذا ايضا نص في المسئلتين
وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال في هذه الاية ابهموا ما
ابهم الله اي اطلقوا ما اطلق الله وكذا روي عن عمران بن حصين
رضي الله عنه انه قال الاية مبهمة اي مطلقة لا تتصل بين الدخول
وعدمه وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه فقد روي الرجوع عنه
فانه روي انه افتى بذلك في الكوفة فلما اتى المدينة ولقي اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم تذاكروهم ورجع الى القول
بالحرمة حتى روي انه لما اتى الكوفة ثانيا من كان افتاه بذلك قبل
امما ولدت اولادا فقال وانها وان ولدت ولان هذا النكاح يفضي
الى قطع الرحم لانه اذا طلق بنتها وتزوج امها حملها ذلك على الصفقة
التي هي سبب القطيعة فيما بينهما وقطع الرحم حرام فما افضى اليه يكون
حراما لهذا المعنى حرم الجمع بين المرأة وامها وبين المرأة وبنتها وبينها
وبين عمتها وخالتها على ما نذكر بخلاف جانب الام حيث لا تحرم بنتها
بنفس العقد على الام لان اباحة النكاح هناك لا تؤدي الى القطع لان الام
في ظاهر العادات لا تؤثر بنتها على نفسها في الخصوص والحنو والبنت
لا تؤثر امها على نفسها معلوم ذلك بالعادة واذا حل الدخول تثبت الحرمة
لانه تأكد مؤقتا بالدخول لاستيفاء بعضها من الزوج فيلحقها الغضاضة
فيؤدي الى القطع ولان الحرمة تثبت بالدخول بالاجماع والعقد على البنت

سبب الدخول فهل هو السبب فيقام مقام السبب في موضع الاحتياط ولهذا
تثبت الحرمة بنفس العقد على الام الا ان شرط الدخول هناك عرفناه بالنص فبقي الحكم في الام على اصل القياس واما قولهم ان الشرط المذكور في
اخر كلمات معطوف بعضها على بعض او الاستثنا بمشية الله تعالى يلحق
الكل فنقول هذا الاصل مسلم في الاستثنا بمشية الله تعالى والشرط
المصرح به فاما في الصفة الداخلة على المذكور في اخر الكلام فممنوع
بل يقتصر على ما يليه فانك تقول جاني زيد ومحمد العالم فيقتضي صفة
العلم على الذي يليه وهو محمد دون زيد وقوله اللاتي دخلتم بهن
لا شرط من ادعى الحلف الوصف بالشرط فعليه الدليل على انه يحتمل ان
يكون بمعنى الشرط فيلحق الكل ويحتمل ان لا يكون فيقتصر على ما يليه
فلا يلحق بالشك والاحتمال واذا وقع الشك والشبهة فيه والاصل
عدم افادته للحرمة اولى احتياطا على ان هذه الصفة ان كانت في معنى
الشرط لكن اللفظ متى قرن به شرط او صفة لاثبات حكم يقتضي وجوده
عند وجوده اما لا يقتضي عدمه بل ووجوده عند عدم الشرط والصفة
يكون موقوفا على قيام الدليل وفي نفس هذه الاية ما يدل عليه فانه
قال وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ثم قال
فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولو كان التقييد بالوصف
نافيا للحرمة عند عدم الموصوف لكان ذلك القدر كافيا ونحن نقول بحرمة الام
عند الدخول بالربيبة وبحرم الربيبة عند الدخول بالام بظاهر الاية
وليس فيما نفي للحرمة عند عدم الدخول ولا اثباتا فيتوقف على قيام
الدليل وقد قام الدليل على حرمة بدون الدخول بينهما وهو ما ذكرنا
فثبتت الحرمة ولم يقم الدليل على حرمة الربيبة قبل الدخول بالام
فلا تثبت الحرمة والله الموفق واما حلائل الزوجة من قبل ابيها وابنها
فانما عرفت حرمتهن بالاجماع او بما ذكرنا من المعنى في الامهات
لا بعين النص الا على قول من يجيز استعمال اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز

عند

عند عدم التنافي بين حكمهما على ما ذكرنا ثم اما تحرم ام الزوجة وجداتها
بنفس العقد اذا كان صحيحا فاما اذا كان فاسدا فلا تثبت الحرمة الا بالعقد
بالدخول او ما يقوم مقامه من اللمس عن شهوة والنظر الى الفرج
عن شهوة على ما ذكر لان الله تعالى حرم على الزوج ام زوجة مضافة
اليه والاضافة لا تثبت الا بعقد صحيح فلا تثبت الحرمة الا به والله
الموفق فصل واما الفرقة الثانية فبنت الزوجة وبنات بناتها
وبنيها وان سفلن اما بنت زوجته فتحرم عليه بنص الكتاب اذا كان
دخل بزوجته فان كان لم يدخل بها لا تحرم لقوله تعالى وربائبكم اللاتي
في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم
بهن فلا جناح عليكم وسواء كانت ربيبة زوجته في حجره او لا عند
عامة العلماء وقال بعض الناس لا تحرم عليه الا ان تكون في حجره ويروى
ذلك عن علي رضي الله عنه ايضا لظاهر قوله تعالى وربائبكم اللاتي
في حجوركم حرم الله تعالى ربيبة الزوجة بوصف كونها في حجر زوج
الام فيتقيد التحريم بهذا الوصف الا ترى انه لما اضافها الى الزوجة
تقيد التحريم به حتى لا تحرم عليه ربيبة غير الزوجة كذا هذا ولنا
ان التنصيص على حكم في موصوف لا يدل على ان الحكم في غير الموصوف
بخلافه اذ التنصيص لا يدل على التخصيص فثبتت حرمة ربيبة زوجة
الرجل التي دخل بامها وهي في حجره بهذه الاية واذا لم تكن في حجره
ثبتت حرمتها بدليل اخر وهو كون نكاحها مفضيا الى قطيعة
الرحم سواء كانت في حجره او لم تكن على ما بينا فيما تقدم الا ان الله تعالى
ذكر التحريم بناء على عرف الناس وعاداتهم ان الربيبة تكون في حجر زوج امها
عادة فاخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى ولا تقتلوا اولادكم
خشية املاق وقوله فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة ونحو ذلك واما بنات
بنات الربيبة وبنات ابنائها وان سفلن فثبتت حرمتهن بالاجماع
وبما ذكرنا من المعقول لا بعين النص الا على قول من يرى الجمع بين

للحقيقة والمجاز في لفظ واحد عند امكان الجمع بينهما فصل واما الفرقة الثانية
فحليلة الابن من الصلب وابن الابن وابن البنت وان سفل فيحرم على الرجل
حليلة ابنه من الصلب بالنص وهو قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من
اصلابكم وذكر الصلب جاز ان يكون لبيان الخاصة وان لم يكن الابن الا
من الصلب كقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه وجاز ان يكون لبيان العصمة والتنويه ان الابن قد يكون من الصلب
وقد يكون من الرضاع وقد يكون بالتبني ايضا على ما ذكرنا سبب
نزول الاية ان النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوج امرأة زيد بن حارثة بعد
ما طلقها زيد وكان ادنا لرسول صلى الله عليه وسلم بالتبني فعابه المنافقون
على ذلك وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنزل قوله تعالى وحلائل ابنائكم
الذين من اصلابكم وكذلك قوله تعالى فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها
لكيلا يكون عليك حرج في ازواج ادعيائهم اذا قضوا
منهن وطرا ولان حليلة الابن لو لم تحرم على الاب اذا طلقها الابن ربما
يندم على ذلك ويريد العود اليها فاذا تزوجها ابوه اورث ذلك الضغينة
بينهما والضغينة تورث التقاطع وقطع الرحم حرام فيجب ان يحرم
حتى لا يؤدي الى الحرام ولهذا حرمت منكوحة الاب على الابن كذا هذا
وسواء كان دخل بها الابن او كان لم يدخل بها لان النص مطلق عن شرط
الدخول والمعنى لا يوجب الفصل ايضا على ما ذكرنا ولان العقد سبب
الدخول والسبب يقام مقام المسبب في موضع الاحتياط على ما مر وحليلة
ابن الابن البنت وان سفلت تحرم بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى لا بهذا
النص لان ابن الابن يسمى ابنا مجازا لا حقيقة فاذا صارت الحقيقة مرادة
لا يبقى المجاز مرادا الا على قول من يقول انه يجوز ان يراد بلفظ واحد
والله الموفق فصل واما الفرقة الرابعة فمنكوحة الاب واجداده
من قبل ابيه وامه وان علوا اما منكوحة الاب فتحرم بالنص وهو قوله
تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء والنكاح يذكر ويراد به العقد

وسوا

وسواء كان الاب دخل بها او لا لان اسم النكاح يقع على العقد والوطء فيحرم
بكل واحد منهما على ما نذكر ولان نكاح منكوحة الاب يفضي اليه
تقطيعة الرحم لانه اذا فارقها ابوه لعل بنيه يندم ويريد ان يعود اليها
فاذا نكحها الابن اورثه ذلك واورث الضغينة وذلك سبب
التباعد بينهما وهو تنسير تقطيعة الرحم وقطع الرحم حرام
فكان النكاح سببا حراما لكونه سببا لقطع فيحرم دفعا للتناقض
الذي هو اية السفه والجهل جل الله تعالى عنهما ثم حرمة المصاهرة
كما تثبت بالعقد الصحيح تثبت بالوطء الحلال بملك اليمين حتى ان
من وطئ جارية يحرم عليه امها وابنتها وجداتها وان علون وبنات بناتها
وان سفلن ويحرم على ابي الواطئ وابنه وعلى احد اجداد الواطئ وان علوا وعلى
ابناء ابنائه وان سفلوا وكذا تثبت بالوطء في النكاح الفاسد وبالوطء
عن شبهة بالاجماع وتثبت باللمس فيهما عن شهوة وبالنظر الى فرجها
عن شهوة عندنا ولا تثبت بالنظر الى سائر الاعضاء بشهوة ولا بمس
سائر الاعضاء الا عن شهوة بلا خلاف وتنسير الشهوة هي ان يشتهي
بقلبه ويوصف ذلك باقراره لانه بالمس لا وقوف لغيره عليه وتحرك
الالة وانتشارها هل هو شرط تحقق الشهوة اختلف المشايخ فيه قال
بعضهم شرط وقال بعضهم ليس بشرط وهو الصحيح لان المس والنظر عن
شهوة يتحقق بدون ذلك كالصبيين والمجبوب وحكم ذلك وقال الشافعي
لا تثبت حرمة المصاهرة بالنظر وله في المس قولان وتثبت حرمة المصاهرة
بالزنا وبالمس والنظر بدون النكاح والملك وشبهته عندنا وعند الشافعي
لا تثبت حرمة بالزنا فاما في لا تثبت بالمس والنظر بدون الملك احتج
الشافعي بقوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم
بهن حرم الربائب المضافة الى نسائنا الدخولات وانما تكون المرأة
مضافة الينا بالنكاح فكان الدخول بالنكاح شرط ثبوت الحرمة وهذا
دخول بالنكاح فلا تثبت به الحرمة ولا تثبت بالنظر ايضا لانه ليس بمعنى

تفسير الشهوة

هو

الدخول الاترى انه لا يفسد به الصوم ولا يجب به شيء في الاحرام وكذلك اللمس
في قوله وفي قوله تثبت لانه استمتاع بما دون فرج فكان بمعنى الوطي ولهذا حرم
بسبب الاحرام كما حرم الوطي وروي عن عائشة رضي الله عنها ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة احراما اينكح بنتها او يتبع
البنت حراما اينكح امها فقال لا يحرم الحلال انما يحرم ما كان نكاحا حلالا
والمحرم بالرنا محرم الحرام بالحلال ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
من النساء والنكاح يستعمل في الوطي والعقد فلا يخلوا اما ان يكون حقيقة
لهما على الاشتراك واما ان يكون حقيقة لاحدهما مجازا في الاخر ولكن ثمة
تحت العقول يحرم منهما جميعا اذ لا تناقي بينهما كانه قال ولا تنكحوا ما نكح
اباؤكم من النساء عقدا ووطيا وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها ولا ابنتها وروي حرمت عليه امها
وابنتها وهذا نص في الباب لانه ليس فيه ذكر النكاح وروي عنه صلى الله
عليه وسلم انه قال ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها ولو لم يكن النظر الاول
محرما للثاني وهو النظر الى فرج ابنتها لم يلحقه اللعن لان النظر الى فرج
المرأة للكوحه نكاحا صحيحا مباح فكيف يستحق اللعن واذا ثبتت الحرمة
بالنظر قبل الدخول اولى وكذا بالمس لان النظر دون المس في تعلق الاحكام
بهما الا ترى انه لا يفسد الصوم بالانزال عن المس ولا يفسد بالانزال
عن النظر الى الفرج الحي الفرج وفي الحج يلزمه بالمس عن شهوة الدم
انزل اولم ينزل ولا يلزمه شيء بالنظر الى الفرج عن شهوة انزل اولم
ينزل فلما ثبتت الحرمة بالنظر فبالمس اولى ولان الحرمة انما تثبت
بالنكاح لكونه سببا داعيا الى الجماع اقامة للسبب مقام المسبب وهو
الاحتياط كما اقيم النوم المقضي الى الحدث مقام الحدث في انتقاض الطهارة
احتياطا لامر الصلاة والقبلة والمباشرة في السبب والدعوة ابلغ
من النكاح فكان اولى باثبات الحرمة ولان الوطي الحلال انما كان محرما
للبنت لمعنى هو موجود هنا وهو انه يصير جامعا بين المرأة وبنتها في الوطي

من حيث المعنى لان وطي احديهما يذكره وطي الاخرى فيصير كانه قاض
وطره منهما جميعا ويجوز ان يكون هذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم
ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وهذا المعنى موجود في الوطي
الحرام واما الاية فلا حجة له فيها بل هي حجة عليه لانها تقتضي حرمة
ربيبته التي هي بنت امرأته التي دخل بها مطلقا سواء دخل بها بعد
النكاح بالزنا واسم الدخول يقع على الحلال والحرام او يحتمل ان يكون
بعده ويحتمل ان يكون قبله فكان الاحتياط في القول بالحرمة واذا احتمل
هذا واحتمل ذاك فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال على ان في هذه الاية
اثبات الحرمة بالدخول في النكاح وهذا لا يثبت الحرمة بالدخول بالنكاح
فكان احتجاجا بالمسكوت وانه لا يصح على ان هذه الاية حجة في اثبات
الحرمة بالمس لانه ذكر الدخول بمن وحقيقة الدخول بالسفي عبارة
عن ادخاله من العورة الى العضو فكان الدخول بما هو داخل بما في
العضو وذلك باخذ بها او شيء منها ليكون هو الداخل بها فاما
بدون ذلك فالمرأة هي الداخلة بنفسها فدل ان المس موجب للحرمة
او يحتمل الوطي ويحتمل المس فيجب القول بالحرمة احتياطا واما الحديث
فقد قيل انه ضعيف ثم هو خبر واحد مخالف للكتاب ولئن ثبت فالقول
بموجبه لان المذكور فيه هو الاتباع لا الوطي وانما يحرم ما هو ايراد ها
من نفسها وذا لا يحرم عندنا انما المحرم هو الوطي ولا ذكر له في الحديث
والله الموفق **فصل** واما النوع الثالث وهو المحرمات بالرضاعة
فكل من حرم لنسب انبت من العروق السبع الذي وصفهم الله تعالى بحرم بالرضاع
بيان ذلك اية حيث لم يذكر في التصريح والتنصيص الا الامهات والاخوات
لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فعلم
حكم غير المذكور بالمذكور بطريق الاجتهاد بالاستدلال وجه الاستدلال
نذكره في كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وعليه الاجماع ايضا وكذا كل من يحرم

ممن ذكرنا من النوع الاربع بالمصاهرة يحرم بالرضاع فيحرم على الرجل
ام زوجته وبنتها من الرضاع الا اذا لم يكن بنفس العقد اذا كانت
صغيرة والبنت لا تحرم الا بالدخول ما لام وكذا جدات الزوجة لابيها
وامها وان علون وبنات بناتها وبنات ابنائها وان سفلن من الرضاع
وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على ابي الرضا
وابي ابيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفل وكذا تحرم با
لوطي ام الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطي وكذا جداتها وبنات بناتها
وتحرم الموطوءة على اب الواطي وابنه من الرضاع وكذا على اجداده وان علوا
وعلى ابنائه وان سفلوا سواء كان الوطي حلالا بان كان بملك اليمين
او كان الوطي بنكاح فاسد او شبهة نكاح او كان زنا والاصل انه يحرم
بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب وبسبب المصاهرة الا في مسئلتين
تختلف فيهما حكم المصاهرة والرضاع نذكرهما في كتاب الرضاع ان شاء
الله تعالى **فصل** وسنبين ان لا يقع نكاح المرأة التي تزوجها بما بين
ذوات الارحام ولا بين اكثر من اربع نسوة في الاجنبيات وجملة الكلام
في الجمع ان الجمع في الاصل نوعان جمع بين ذوات الارحام وجمع بين الا
جنبيات اما الجمع بين ذوات الارحام في النكاح فنقول لا خلاف في
ان الجمع بين الاختين محظور لقوله حرمت عليكم امهاتكم ولان
الجمع بينهما يفضي الى قطيعة الرحم وقطع الرحم حرام وكذا المفضي اليه
وكذا الجمع بين امرأة وبنتها لما قلنا ولما روي ان قرابة الولاد معترضة الاصل
ولا خلاف واختلف في الجمع بين ذوات رحم محرم نكاحا سوى هذين
الجمعين وهو بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لا يجوز له نكاح الاخرى
من الجانبين جميعا ايهما كانت فهو جمع بين كالجمع بين امرأة وعمتها والجمع
بين امرأة وخالتها ونحو ذلك قال عامة العلماء لا يجوز وقال عثمان البتي
الجمع فيما سوى الاختين وسوى المرأة وبنتها ليس بحرام واحتج بقوله تعالى

واحل

واحل لكم ما وراء ذلكم ذكر المحرمات وذكر فيما حرم الجمع بين الاختين واحل
ما وراء ذلك والجمع فيما سوى الاختين لم يدخل في التحريم فكان داخلا
في الاحلال الا ان الجمع بين المرأة وبنتها حرام بدلالة النص لان قرابة
الولادة اقوى فالنص ثم يكون واردا هنا من طريق الاولى ولذلك الحديث
المشهور وهو ما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها
ولا على ابنة اختها وزاد في بعض الروايات لا الصغرى على الكبرى ولا
الكبرى على الصغرى الحديث اخبران من تزوج عمة ثم بنت اختها
او خالة ثم بنت اختها لا يجوز ثم اخبر انه اذا تزوج بنت الاخ اولا
ثم العمة وبنت الاخت اولا ثم الخالة لا يجوز ايضا التي لا تشكل ان حرمة
الجمع يجوز ان تكون مختصة باحد الطريقين دون الاخر كنكاح الامة
على الحرة انه لا يجوز ويجوز نكاح الحرة على الامة ولان الجمع بين ذوات
رحم محرم في النكاح سبب لقطيعة الرحم لان الضرتين تتنازعان
وتختلفان ولا يتلفان هذا امر معلوم بالعرف والعادة وذلك يفضي
الى قطع الرحم وانه حرام والنكاح سببه فيحرم حتى لا يؤدي
اليه والى هذا المعنى اشار النبي صلى الله عليه وسلم في اخر الحديث فيما
روي انه قال انكم لو فعلتم ذلك قطعتم ارحامكن وروي في بعض
الروايات فانه يثبتها ضمنا وفي بعضها انه يوجب القطيعة وروي
عن انس رضي الله عنه انه قال اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم ورضي عنهم يكرهون الجمع بين القرابة في النكاح وقالوا
انه يورث الضغائن وروي عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
انه كره الجمع بين عمتي عمتي وقال لا احرم ذلك ولكن اكرهه اما الكراهة
فلامكان القطيعة واما تقدم الحرمة فلان القرابة بينهما البنت
بمعترضة الاصل واما الاية فيحتمل ان يكون معنى قوله تعالى واحل
لكم ما وراء ذلكم اي ما وراء ما حرم الله تعالى والجمع بين المرأة وعمتها

وبنتهما وبين خالتهما مما قد حرم الله تعالى على لسان رسول الله صلى الله عليه
وسلم الذي هو غير متلو على ان حرمة الجمع بين الاختين معلولة بقطيعة
الرحم من كلوا بة التحريم وجوز والجمع ها هنا يقتضي ان تقطع الرحم
فكانت حرمته ثابتة بدلالة النص فلم تكن ما ولا ما حرم به ابتداء التحريم
وجوز الجمع بين امراة وبنت زوج كان لها من قبل او بين امراة وزوجة
كانت لابيها وهما واحد لانه لا رحم بينهما فلم يوجد الجمع بين ذوي
رحم وقال زفر وابن ابي ليلى لا يجوز لان احداهما لو كانت رجلا لكان
لا يجوز له ان يتزوج الاخرى لانها منكوحة ابيه فلا يجوز الجمع بينهما
كما لا يجوز الجمع بين الاختين وانا نقول الشرط ان تكون الحرمة ثابتة
من الجانبين جميعا وهو ان تكون كل واحدة منهما ابنتهما كانت لو
قدرت رجلا لكان لا يجوز له نكاح الاخرى لانها تكون بنت الزوج فلم تكن
الحرمة ثابتة من الجانبين فجاز الجمع بينهما كالجمع بين الاجنبيتين ولو
تزوج الاختين معا فسد نكاحهما لان نكاحهما معا حصل جمعا بينهما
في النكاح وليست احداهما بفساد النكاح باولى من الاخرى فيفرق
بينه وبينهما ثم ان كان قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما لان النكاح
الفاسد لا حكم له قبل الدخول وان كان قد دخل بهما فلكل واحدة
منهما العقر وعليها العدة لان هذا حكم الدخول في النكاح الفاسد
على ما ذكرنا في موضعه ان شاء الله تعالى وان تزوج احداهما
بعد الاخرى جاز نكاح الاولى وفسد نكاح الثانية ولا يفسد
نكاح الاولى بفساد نكاح الثانية لان الجمع حصل بنكاح الثانية
فاقتصر الفساد عليه ويفرق بينه وبين الثانية فان كان لم
يدخل بها فلا مهر ولا عدة وان كان دخل بها فلها العقر وعليها
العدة لما بينا ولا يجوز له ان يطأ الاولى ما لم تنقض عدة
الثانية لما ذكرنا وان تزوج اختين في عقدين لا يدري ايتهما اول
لا يجوز له التحري بل يفرق بينه وبينهما لان نكاح احداهما فاسد

بيقين وهي مجهولة ولا يتصور حصول مقاصد النكاح من المجهولة
فلا بد من التفريق شم ان ادعت كل واحدة منهما انها هي الاولى
ولا بينة لهما يقضي لهما بنصف المهر لان النكاح الصحيح احدهما
وقد حصلت الفرقة قبل الدخول لا بصنع المراة فكان الواجب
نصف المهر ويكون بينهما لعدم الترجيح اذ ليست احداهما باولى
من الاخرى وروي عن ابي يوسف انه لا يلزم الزوج شيء وروي
عن محمد انه يجب عليه المهر كاملا وانا قالنا لا ندري انها هي الاولى
لانه يقتضي لهما بشيء ليكون المدعية منهما مجهولة الا اذا اصطلحتا
على شيء فحينئذ يقضي لهما وكذلك المراة وعمتها وخالتها في جميع
ما وصفنا وكما لا يجوز للرجل ان يتزوج امراتي نكاح احداهما لا يجوز
ان يتزوجها في عدة اختها وكذلك التزوج بامراة هي ذات
رحم محرم من امراة يعتد منه والاصل ان ما منع في صلب النكاح
من الجمع بين ذوات المحارم فالعدة تمنع منه وكذا لا يجوز ان
يتزوج اربعا من الاجنبيات والخامسة تعتد منه سواء كانت العدة
من طلاق رجعي او بائن او ثلاث او بالحرمة الطارئة بعد الدخول
او بالدخول في نكاح فاسد او بالوطي عن شبهة وهذا عندنا
وقال الشافعي يجوز الا في العدة من طلاق رجعي وروي عن جماعة
من الصحابة مثل قولنا منهم علي وعبد الله بن عباس وزيد بن
ثابت رضي الله عنهم وجه قوله ان المحرم هو الجمع بين الاختين
في النكاح والنكاح قد زال من كل وجه لوجود المزيل له وهو الطلاق
الثلاث والبين ولهذا لو وطيها بعد الطلاق الثلاث مع العلم بالحرمة
لزمه الحد فلم يتحقق الجمع في النكاح فلا تثبت الحرمة ولنا ان ملك
الحبس والقيد قائم فان الزوج يملك منعها من الخروج والبروز
وحرمة التزويج بزوج اخر ثابتة والفراش قائم حتى لو جاءت بولد
الى سنتين من وقت الطلاق وقد كان دخل بها يثبت النسب ولو جاز

النكاح لكان النكاح جمعا بين الاختين في هذه الاحكام فيدخل تحت النص
ولان هذه احكام النكاح لانها شرعت وسيلة الى مقاصد النكاح وكان
النكاح قائما من وجه لبقا بعض احكامه والثابت من وجه ملحق بالثابت
من كل وجه في باب المحرمات احتياطا الا ترى انه تلحق الام والبنت
من وجه بالرضاعة والام والبنت من كل وجه بالقرابة والعمة المنكوحة
من وجه مفضيا الى قطيعة الرحم لانه يورث الضغينة وانما
تفضي الى القطيعة والضغينة هاهنا اشد لان معظم النفقة وهو
ملك المحل الذي هو سبب الفضاء الشهوة قد زال في حق المعتدة وبكل
الثانية يصير جميع ذلك لها ويقوم مقامها وبقي هي محرمة للخاطب
الازواج للحال فكانت الضغينة اشد فكانت ادعى الى القطيعة بخلاف
ما بعد انقضاء العدة لانه هناك لم يبق شيء من علائق الزوج الاول فكان
لها سبيل الوصل الى زوج اخر فيستوفي حظها من الثاني فتسلى به
فلا يلحقها الضغينة او كانت اقل منه من حال قيام العدة فلا يستقيم الا
ستدلال ولو خلى بامرأته ثم طلقها لم يتزوج اختها حتى تنقضي
عدتها لانها وجبت عليها العدة بالخلوة فيمنع نكاح الاخت كما لو
وجبت بالدخول حقيقة فصل واما الجمع في الوطي بملك اليمين فلا
يجوز عند عامة الصحابة مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله
بن عمر رضي الله عنهم وروي عن عثمان رضي الله عنه انه قال كل شيء
حرم الله تعالى من الحرائر حرمة من الاماء الا الجمع اي الجمع في الوطي
بملك اليمين وروي ان رجلا سال عثمان رضي الله عنه عن ذلك فقال
ما احب ان احله ولكن احلتهما اية وحرمتهما اية واما انا فلا افعله
فخرج الرجل من عنده فلقي عليا رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال لو ان
الي من الامر شيء لجعلت من فعل ذلك نكالا وقول عثمان رضي الله عنه
احلتهما اية وحرمتهما اية عني باية التحليل قوله الا على ازواجهم او
ما ملكت ايمانهم الاية وباية التحريم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين

والجمع

والجمع بينهما في الوطي جمع فيكون حراما واما السنة فما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن
ماءه في رحم اختين واما قول عثمان رضي الله عنه احلتهما اية وحرمتهما
اية فالاخذ بالمحرم اولى عند التعارض احتياطا للحرمة لانه يلحقه الما
ثم دار بكاب المحرم ولا اثم في ترك المباح ولان الاصل في الابضاع هو
الحرمة والاباحة بدليل فاذا تعارض دليل الحل والحرمة تداعما فيجب
العمل بالاصل وكما لا يجوز الجمع بينهما في الوطي لا يجوز في الدواعي
من اللمس والتقبيل والنظر الى الفرج عن شهوة لان الدواعي الى الحرام
حرام واذا عرف هذا فنقول اذا ملك اختين له ان يطا احداهما لان
الامة لا تصير فراشا بالملك واذا وطي احدهما ليس له ان يطا الاخرى
بعد ذلك لانه لو وطي لصار جامعا بينهما في الوطي حقيقة وكذلك اذا
وطي جارية فوطيها ثم ملك اختها كان له ان يطا الاولى لما قلنا وليس
له ان يطا الاخرى بعد ذلك ما لم يحرم فرج الاولى على نفسه اما
بالتزويج او بالاخراج عن ملكه بالاعتاق او بالبيع او بالهبة او
بالصدقة لانه لو وطي الاخرى لصار جامعا بينهما في الوطي حقيقة
وهذا لا يجوز ولو كاتبهما حل له وطي الاخرى في ظاهر الرواية وروي
عن ابي يوسف انه قال لا يحل له لانه بالكتابة لم يملك وطيهما غيره
وقال في هذه الرواية ايضا انه لو ملك فرج الاولى غيره لم يكن له ان يطا
الاخرى حتى تحيض الاولى حيضة بعد وطيها لجواز ان تكون حاملا
منه فيكون جامعا ماءه في رحم اختين فيستبرئها بحيضة حتى يعلم
انها ليست بحامل وجه ظاهر الرواية انه حرم فرجها على المولى بما
كتابه الا ترى انه لو وطيها لزمه العقر ولو وطيت بشبهة او بنكاح
كان المهر لها لا للمولى فلا يصير بوطي الاخرى جامعا بينهما في الوطي
ولو تزوج جارية ولم يطأها حتى ملك اختها فليس له ان يطا المشتراة
لان الفراش يثبت بنفس النكاح لان ملك النكاح يقصد به الوطي والولد

الاصل في الابضاع الحرمة

فصارت المنكوحة موطوءة حكما فلو وطي المشتراة لصار جامعا بينهما في
الوطي ولو كان في ملكه جارية قد وطيها ثم تزوج اختها او تزوج ام
ولده جاز النكاح عندعامة العلماء ولكن لا يطأ الزوجة ما لم يحرم
فرج الامة التي في ملكه او ام ولده وقال مالك لا يجوز النكاح وجه
قوله ان النكاح بمنزلة الوطي لجاز واذا كان النكاح بمنزلة الوطي
يصير بالنكاح جامعا بينهما في الوطي وانه لا يجوز ولنا ان النكاح
ليس بوطي حقيقة وليس بمنزلة الوطي ايضا لان النكاح بالاناث لا
جنسية ولا يجوز وطي الاجنبية فلا يكون نكاحها جمعا بينهما في
الوطي الا ان النكاح اذا انعقد يحل الوطي موجودا حكما موكولا بعد
الانعقاد لما ان الحكم المختص بالنكاح هو حل الوطي وثمرته المطلوبة
منه الولد ولا حصول له عادة بدون الوطي فجعله الشرع واطيا حكما بعد
انعقاد النكاح والحق الولد بالفراش فلو وطي المملوكة لصار جامعا
بينهما وطيا ولان الامة لا تصير فراشا بنفس الوطي عندنا حتى
لا يثبت النسب بدون الدعوة عندنا فلا يكون نكاح اختها جمعا
بينهما في الفراش فلا يمنع منه وام الولد فراشها حقيقة حتى
يثبت نسب ولده بمجرد قوله وهو مجرد النفي من غير لعان وكذا يحتمل
النقل الى غيره فلا يتحقق النكاح جمعا بينهما في الفراش مطلقا
فلا يمنع منه والله اعلم ولا يجوز ان يتزوج اخت ام ولده التي تعتد منه
بان اعتقها ووجبت عليها العدة في قول ابي حنيفة رحمه الله وجوز
ان يتزوج اربعا في عدتها وقال ابو يوسف ومحمد يجوز كلاهما وقال زفر
لا يجوز كلاهما وجه قول زفر ان هذه معتدة فلا يجوز التزوج باختها
واربع سواها كالحرة المعتدة وجه قولهما ان الحرمة في الحرة لمكان الجمع
بينهما في النكاح من وجه ولم يوجد في ام الولد لانعدام النكاح اصلا
ولان العدة في ام الولد اثر فراشه الملك وحقيقة الفراش فيها لا يمنع
النكاح حتى لو تزوج اخت ام ولده او اربع نسوة قبل ان يعتقها جاز

واذا

واذا لم يكن فراش الملك حقيقة ما لغا ثاثره اولي اذ لا يمنع ولابي حنيفة
رحمه الله انه انما جاز نكاح اخت ام الولد قبل الاعتاق لضعف فراشها
على ما بينا فاذا اعتقها قوي فراشها فكان نكاح اختها جمعا
بينهما في الفراش وهو استلحاق نسب ولديهما ولا يجوز استلحاق
نسب ولد اختين في زمان واحد ولهذا لو تزوج اخت ام ولده ه
لا تحل له وطي المنكوحة حتى يزيل فراش ام الولد ونكاح الاربع وان
كان جمعا بينهن وبينها في الفراش لكن الجمع في الفراش جايز الا ترى
انه جاز قبل الاعتاق بحل له وطوءهن ووطوء ام الولد ايضا ه
فكذا بعد الاعتاق والله اعلم فصل واما الجمع بين
الاجنبيات فنوعان ايضا جمع في النكاح وجمع في الوطي ودواعيه
بملك اليمين واما الجمع في النكاح فنقول لا يجوز للحر ان يتزوج اكثر من
اربع زوجات من الحرائر والاما عند عامة العلماء وقال بعض الناس
يباح له الجمع بين التسع وقال بعضهم يباح له الجمع بين ثمانية عشر
واحتجوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث
ورباع قالوا ولو ان قالوا ان الله تعالى ذكر هذه الاعداد بحرف الواو وانه
للجمع وجملتها تسعة فيقتضي اباحة نكاح التسع واستدلوا ايضا
بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج تسع نسوة وهو قدوة الامة
والاحرون قالوا المثنى ضعف الاثنين والثلاث ضعف الثلاث والرباع
ضعف الاربع جملتها ثمانية عشر ولنا ما روي ان رجلا اسلم وتحته ثمان
نسوة فاسلمن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر منهن اربعا وفارق
البواقي امره بمفارقة البواقي فلو كانت الزيادة على الاربع حلالا لما امر فدل
على ان منتهى العدد المشروع هو الاربع ولان الزيادة على الاربع حرف لجور
عليهن بالعجز عن القيام بحقوقهن لان الظاهر انه لا يقدر على الوفاء
بحقوقهن والية وقعت الاشارة بقوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا
فواحدة اي لا تعدلوا في القسم والجماع والنفقة في نكاح المثنى والثلاث

والرباع فواحدة بخلاف نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم لان خوف الجور
منه غير موهوم لكونه مؤيدا على القيام بحقوقهن بالتاييد الالهي وكان
ذلك من الايات الدالة على نبوته لان اثر القدر على المحل والصفة على الموصوف
وتحمل الشدايد والمشاق على المؤنيا والدعة من العبادات والاقوات
الثقيلة وهذه الاشيا اسباب قطع الشهوات والحاجة الى النسا ومع ذلك
كان يقوم بحقوقهن دل ذلك انه انما قدر على ذلك بالله تعالى واما
الاية فلا يمكن العمل بظاهرها لان المثنى ليس عبارة عن الاثنين والثلاث
عن الثلاث ولا الرباع عن الاربع بل ادنى ما يراد بالمثنى موقان من
هذا العدد وادنى ما يراد بالثلاث ثلاث مرات من هذا العدد وكذا الرباع
وكذا يزيد على التسع بكثير ولا قايل به دل ان العمل بظاهر الاية متعذر
فلا بد لها من تاويل وله تاويلان احدهما ان يكون على التخيير بين
نكاح الاثنين والثلاث والاربع كانه قال مثنى او ثلاث او رباع
واستعمال الواو مكان او جايز والثاني ان يكون ذكر هذه الاعداد
على التداخل وهو ان قوله وثلاثي يدخل فيه وقوله ورباعي
يدخل فيه الثلاثي كما في قوله تعالى قل اينكم لتكفرون بالذي خلق
الارض في يومين ثم قال وجعل فيها رواسي من فوقها وبارك
فيها وقدر فيها اقواتها في اربعة ايام واليومان الاولان دخلان
في الاربع لانه لو لم يكن كذلك لكان خلق هذه الجملة في ستة ايام
ثم اخبر تعالى انه خلق السموات في يومين بقوله فقضاهن سبع سموات
فيكون خلق الجميع في ثمانية ايام وقد اخبر الله تعالى انه خلق
السموات والارض في ستة ايام فيودي الى الخلف في خبر من يستحيل عليه
الخلف فكان على التداخل فكذا هنا جاز ان يكون العدد الاول داخلا
في الثاني والثاني في الثالث فكان في الاية اباحة نكاح الاربع ولا
يجوز للعبد ان يتزوج باكثر من اثنتين لما روينا من الحديث وذكرنا
من المعنى فيما تقدم **فصل** واما الجمع في الوطي وهو ما

عليه

نملك

ملك اليمين فجايز وان كثرت الجواري لقوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا
فواحدة في نكاح المثنى والثلاث والرباع في انبا حتهن فانكحوا
واحدة وان خفتم ان لا تعدلوا في واحدة فمن ما ملكت ايمانكم كانه
قال هذا او هذا او هذا اي في الزيادة على الواحدة الى الاربع عند
القدرة على العادلة وعند خوف الجور في ذلك الواحدة من الحرايز
وعند خوف الجور في نكاح الواحدة تشريع الجواري والتسري بهن
وذلك قوله او ما ملكت ايمانكم ذكره مطلقا عن شرط العدد وقال تعالى
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين عن شرط العدد
والمحصنات من النسا الا ما ملكت ايمانكم مطلقا ولان حرمة الزيادة
على الاربع في الزوجات لخوف الجور عليهن في القسم والجماع ولم يوجد
هذا المعنى في الاما لانه لا حق لهن قبل المولى في القسم والجماع **فصل**
وعندنا ان لا يكون تحته حرة هو شرط جواز نكاح الامة على الحرة
والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وقال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة
على الامة والمحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولان الحرية تنبي
عن الشرف والعزة وكمال الحال فنكاح الامة على الحرة ادخال على الحرة مرة
لا يساويها في القسم وذلك لا يشعر بالاستمانة والحاق الشين
بها وتفضان الحال وهذا لا يجوز وسوا كان المتزوج حرا او عبدا
عندنا لان ما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل
وعند الشافعي يجوز للعبد ان يتزوج امة على حرة بنا على ان عدم الجواز
للحر عنده لعدم شرط الجواز وهو عدم طول الحرة وهذا شرط جواز نكاح
الامة عنده في حق الحر لا في حق العبد لما تذكر وكذا خلو المحرة عن العدة
شرط جواز نكاح الامة عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
يجوز ان يتزوج امة على حرة بنا على ان عدم الجواز للحر عنده لعدم شرط

وهو عدم طول الحرة وهذا شرط نكاح الامة عنده ليجوز الحر لا في حق العبد
لما تذكر وكذا خلو الحرة عن العدة شرط جواز نكاح الامة عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ان يتزوج امة على حرة تحتد من
طلاق باثن او ثلاث وجه قولهما ان المحرم ليس هو الجمع بين الامة
والحرة بدليل انه لو تزوج امة ثم تزوج حرة جاز وقد حصل الجمع
بين الامة والحرة بدليل انه لو تزوج امة ثم تزوج حرة جاز وقد حصل
الجمع وهو نكاح الامة على الحرة قال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة
ولا يتحقق النكاح عليهما بعد البينونة الا ترى انه لو حلف لا يتزوج
على امرأته فتزوج بعدها ابانها لا يحنث ولابي حنيفة رحمه
الله ان نكاح الامة في عدة الحرة نكاح عليهما من وجه لان بعض آثار
النكاح قائمة فكان النكاح قائما من وجه فكان نكاحا عليهما من
وجه والثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في باب المحرمات
احتياطا فيحرم كنكاح الاخت في عدة الاخت ونحو ذلك على ما بينا
فيما تقدم واما عدم طول الحرة وهو القدرة على مهر الحرة وخشية العنت
فليس من شرائط جواز نكاح الامة عندنا والحاصل ان من
شرائط جواز نكاح الامة عند ابي حنيفة رحمه الله ان لا يكون تحته
للمتزوج حرة ولا في عدة حرة وعندهما خلو الحرة عن العدة ليست بشرط
لجواز نكاح الامة وقال الشافعي من شرائط جواز نكاح الامة ان لا يكون
قادرا على مهر الحرة وان خشي العنت حتى انه اذا كانت في ملكه امة يطأها
بملك اليمين جاز له ان يتزوج امة عندنا وعنده لا يجوز لعدم خشية
العنت وكذلك الحر يجوز له ان يتزوج امة اخرى لزوال خشية العنت
بالواحدة ولا خلاف في ان طول الحرة لا يمنع العبد من نكاح الامة احتج
الشافعي بقوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ومن كلمة شرط

فقد

فقد جعل الله تعالى العجز عن طول الحرة شرط جواز نكاح الامة فيتعلق
الجواز به كما في قوله تعالى في كفارة الظهار فمن لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا ونحو ذلك وقال تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم وهو
الذي ناشرط خشية العنت لجواز نكاح الامة فيتقيد الجواز بهذا الشرط
ايضا لان جواز نكاح الامة في الاصل ثبت بطريق الضرورة لما يتضمن
نكاحها من ارقاق الحر لان ما تلد الامة ارقاق جزء حر الا ترى ان هذا اشتهر
عمر رضي الله عنه فيما روي عنه انه قال ايما حر تزوج امة فقد ارق
نصف ولدها ايما عبد تزوج حرة فقد اعتق نصفه ولا يجوز ارقاق الحر من
غير ضرورة ولهذا اذا كانت حرة لا يجوز نكاح الامة وهذا لان الارقاق
اهلاك لانه يخرج به من ان يكون منتفعا به في حق نفسه فيصير ملحقا
بالبهائم واهلاك الحر من غير ضرورة لا يجوز كقطع اليد ونحو ذلك
ولا ضرورة حالة العدم على طول الحرة فبقي الحكم فيها على الاصل الا ترى
انه لم يجز اذا كانت تحته حرة لارتفاع الضرورة بالحرة بخلاف ما اذا كان المتزوج
عبدا لان نكاحه ليس ارقاق الحر لان ماء رقيق بتقاله وارقاق الرقيق
لا يتصور ولنا عمومات النكاح وهو قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم
والصالحين من عبادكم وامائكم وقوله فانكحوهن باذن اهلهن وقوله
واحل لكم ما وراء ذلكم من غير فصل بين حال القدرة على مهر الحرة وعدمها
ولان النكاح عقد مصلحة في الاصل لاشتماله على المصالح الدينية والد
فكان الاصل فيه هو الجواز اذا صدر من الاهل في المحل وقد وجد واما
الآية فالطول المذكور يحتمل ان المراد به القدرة على المهر كما قال ويحتمل
ان يراد به القدرة على الوطي لان النكاح يذكر ويراد به الوطي بل هو حقيقته
للوطي على ما عرف فكان معناه فمن لم يقدر منكم على وطي المحصنات
وهذه الدلائل والقدرة على وطي الحرة انما تكون في النكاح ونحن به نقول
ان من لم يقدر على وطي حرة بل لم يكن في نكاحه حرة يجوز له نكاح الامة
ومن قدر على ذلك بان كان في نكاحه حرة لا يجوز له نكاح الامة نقل هذا

التاويل عن علي رضي الله عنه لا يكون حجة مع الاحتمال على ان نكاح
الامة عند عدم طول الحرة وهذا الا يبقى الا باحة عند وجود الطول كالتيمم
بالشرط عندنا يقتضي الوجود عند وجود الشرط اما لا يقتضي العدم
عند عدمه قال الله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة ثم اذا تزوج واحدة
جاز وان كان لا يجاف الجور في نكاح المثنى والثلاث والرباع وقال تعالى
في الاماء فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب وهذا الا يبقى على نفس الحد عنهن عند عدم الاحصان وهو
التزوج وهو الجواب عن تعلقه بقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم
على ان العنت يذكر ويراد به الحد كقوله تعالى ولو شاء الله لاعنتكم
اي لحدت عليكم اني من يتحقق عليه النفقة والاسكان فله ترك
الحرة بالطلاق ويتزوج الامة واما قوله نكاح الامة يتضمن ارقاق الحر
لانها الحر حر فنقول ان عنى به اثبات حقيقة الرق في الماء فهذا لا
يتصور لان الماء جماد لا يوصف بالرقة والحرية وان عنى به السبب
الى حدوث رق الولد فهذا مسلم لكن اثر هذا في الكراهة لا في الحرمة
فان نكاح الامة في حال طول الحرة في حق العبد جائز بالاجماع وان
كان نكاحها سبب حدوث الرق وعندنا يكره نكاح الامة مع
طول الحرة ولو تزوج امة وحرة في عقدة واحدة جاز نكاح
الحرة وبطل نكاح الامة لان كل واحدة منهما على صاحبتها
مدخولة عليها فيعتبر حال الاجتماع بحال الانفراد فيجوز نكاح
الحرة لان نكاحها على الحرة وادخالها عليها لا يجوز حالة الانفراد
كذا عند الاجتماع بخلافها اذا تزوج اختين في عقدة واحدة لان
المحرم هناك الجمع بين الاختين والجمع حصل بهما فبطل نكاحهما
وها هنا المحرم نكاح الامة على الحرة لا الجمع الا ترى انه لو
كان نكاح الامة منعقدا على نكاح الحرة جاز نكاح الحرة وان
وجد الجمع لذلك افترق الامر والله اعلم وكذلك اذا جمع بين

يكره نكاح الامة مع طول الحرة

الاجنبية

٤٠ اجنبية وذات محارمه جاز نكاح الاجنبية ويبطل نكاح المحرمة
ويعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد وهل ينقسم المهر عليهما في
قول ابي حنيفة لا ينقسم ويكون كله للاجنبية وعندهما ينقسم
على قدر مهر مثلهما **فصل** ومنها ان لا تكون منكوحة الغير
لقوله تعالى والمحصنات من النساء معطوفا على قوله تعالى حرمت
عليكم امهاتكم الى قوله والمحصنات من النساء وهن ذوات الازواج
وسواء كانت مسلمة او مشركة الا المسبية التي هي ذات زوج لان قوله
والمحصنات من النساء عام في جميع ذوات الازواج ثم استثنى
منه المملوكات بقوله الا ما ملكت ايمانكم والمراد منها المسبيات
الاي سبين وهن ذوات الازواج ليكون المستثنى من جنس
المستثنى منه فيقتضي حرمة نكاح كل ذات زوج اتيا ممارنا الا
ما سبيت والمراد منه التي سبيت وحدها واخرجت الى دار الاسلام
لان الفرقة تثبت بتباين الدارين عندنا لا بنفس السبي على ما
نذكر فصارت هي في حكم الذمية ولان اجتماع رجلين على امرأة
واحدة يفسد الفراش لانه يوجب اشتباه النسب وتضييع الولد
وفوات السكن والالفة والمودة فيفوت ما وضع النكاح **فصل**
وسنها ان لا تكون معتدة الغير ايضا لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح
النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله اي ما كتب عليهما من التربص ولان بعض
احكام النكاح حالة العدة قائم فكان النكاح قائما من وجه والثابت
من وجه كالثابت من كل وجه في باب المحرمات ولانه لا يجوز التصريح
بالخطبة في حال قيام العدة ومعلوم ان خطبتهما بالنكاح دون
حقيقة النكاح فلما تجز الخطبة فلان لا يجوز العقد اولى وسواء كانت
العدة عن طلاق او وفاة او دخول في نكاح فاسد او شبهة نكاح لما ذكرنا
من الدلائل ويجوز لصاحب العدة ان يتزوجها اذا لم يكن هناك مانع
آخر غير العدة ولان العدة حقه قال الله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها

تفسير المحصنات

نكاح المعتدة

نكاح المسبية

اضاف العدة الى الازواج فدل انها حق الزوج وحق الانسان لا يجوز
ان يمنعه من التصرف وانما يظهر اثره في حق الغير ويجوز نكاح المسبية
لغير السابي اذا سبيت وحدها دون زوجها واخرجت الى دار الاسلام
بالاحباء لانه وقعت الفرقة بينهما ولا عدة عليها لقوله تعالى
والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم والمراد منه المسبيات
اللاتي هن ذوات الازواج فقد احل المسبية للمولى السابي اذا استثنا
من التحريم اباحة من حيث الظاهر وقد احلها مطلقا من غير شرط
انقضاء العدة فدل انه لا عدة عليها وكذلك المرأة وهي المهاجرة
التي جاءت الينا من دار الحرب مسلمة مراعاة لزوجها يجوز
نكاحها ولا عدة عليها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
عليها العدة ولا يجوز نكاحها وجه قولهما ان الفرقة وقعت بتباين
الدارين فتقع بعد دخولها دار الاسلام وهي بعد الدخول مسلمة
وفي دار الاسلام فتجب عليها العدة كسائر المسلمات ولابي
حنيفة رحمه الله قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المومنات
مهاجرات فامتحنوهن الى قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا
اتيتموهن اجورهن اباح نكاح المهاجرة مطلقا من غير ذكر
العدة وقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر نهي المسلمين عن الامساك
والامتناع عن نكاح المهاجرة لاجل عصمة الزوج الكافر وحرمته
فالامتناع عن نكاحها للعدة حق الزوج يكون امساكا وتمسكا ببعصمة
الزوج الكافر وهذا منهي عنه ولان العدة حق من حقوق الزوج ولا يجوز
ان يبقى للحربي على المسلمة الخارجة الى دار الاسلام حق والدليل
عليه ان لا عدة على المسبية وان كانت كافرة على الحقيقة لكونها في حكم
الذمية يجري عليها احكام الاسلام ومع ذلك ينقطع عنها حق الزوج
الكافر فالمهاجرة المسلمة حقيقة لان ينقطع عنها حق الزوج الكافر
فالمهاجرة المسلمة حقيقة لان ينقطع عنها حق الزوج الكافر اولى هذا

اذا

نكاح الحامل

اذا هاجرت الينا وهي حايل فاما اذا كانت حاملا فقيها اختلاف رواية
عن ابي حنيفة وسنذكره ان شاء الله تعالى **فصل**
ومنها ان لا يكون بها حمل ثابت النسب من الغير فان كان لا يجوز
نكاحها وان لم تكن معتدة فان تزوج ام ولد انسان وهي
حامل من مولاها لا يجوز وان لم تكن معتدة لوجود حمل
ثابت النسب من المولى وهذا الان الحمل اذا كان ثابت النسب من الغير
وماؤه محترم لزم حفظ حرمة مائه بالمنع من النكاح وعلى هذا يخرج
ما اذا تزوج امرأة حاملا من الزنا انه يجوز في قول ابي حنيفة ومحمد
ولكن لا يطأها حتى تضع وقال ابو يوسف وهو قول زفر لا يجوز
وجه قول ابي يوسف ان هذا الحمل يمنع الوطي فيمنع العقد ايضا
كالحمل الثابت النسب وهذا الان المقصود من النكاح هو حل الوطي فاذا لم
يحل له وطيها لم يكن النكاح منعقدا فلا يجوز ولهذا لم يجز اذا كان الحمل
ثابت النسب كذا هذا ولهما ان المنع من نكاح الحامل حملا ثابت النسب
لحرمة ماء الواطي ولا حرمة لماء الزاني بدليل انه لا يثبت النسب قال
النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر فاذا لم
يكن له حرمة لا يمنع جواز النكاح الا انها لا توطأ حتى تضع لما
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يومن بالله
واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وروي عنه صلى الله عليه وسلم
انه قال لا يحل لرجلين يومنان بالله واليوم الآخر ان يجتمعا من امراة واحدة
في طهر واحد وحرمة الوطي تعارض طريان على المحل لا ينافي النكاح لانها
ابتداء كالحيض والنفاس واما المهاجرة اذا كانت حاملا فعن ابي حنيفة
روايتان روي محمد عنه انه لا يجوز نكاحها وهو احدى روايتي
ابي يوسف عنه وعن ابي يوسف رواية عنه اخرى انه يجوز نكاحها
ولكنها لا توطأ حتى تضع وجه هذه الرواية ان ماء الحربي لا حرمة له
فكان بمنزلة ماء الزاني وجه الاول ان المنع من نكاح الحامل حملا ثابت النسب

حتى تضع لما روينا وجه الرواية الاخرى ان هذا حمل ثابت النسب لان اتساب
اهل الحرب ثابتة فيمنع جواز النكاح كسائر الاحمال الثابتة النسب لان
انساب اهل الحرب ثابتة لما الطحاوي لعدم رواية ابي يوسف والكرخي
رواية محمد وهي المعتمد عليها لان حرمة نكاح الحامل لسيت لمكان العدة
لانها لا تحيض ما دامت حاملا فقد ثبتت عند عدم العدة كام الولد اذا كانت حاملا
من مولاها بل لثبوت نسب المولى الحمل كما في ام الولد والحمل هنا
ثابت النسب فيمنع النكاح وعلى هذا نكاح للسبية ذات الزوج اذا كانت
حاملا واخرجت الى دار الاسلام يجب ان يكون على اختلاف الرواية ولا
خلاف في انه لا يحل وطيها قبل الوضع ولا قبل الاستبراء بحيضة هذا اذا كانت
حايلا والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا
اوطاس لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن
بحيضة **فصل** ومنها ان يكون الزوجين ملة ليقرا ان عليها فان لم
يكن بان كان احدهما مرتدا لا يجوز نكاحه اصلا لا لمسلم ولا لكافر غير
مرتد ولا لمرتد مثله لانه ترك ملة الاسلام ولا يقر على الردة بل يجبر
على الاسلام اما بالقتل ان كان رجلا او الاجماع واما بالحبس والضرب
ان كان امراة عندنا الى ان يموت او يسلم فكانت الردة في معنى الموت
لكونها سببا مفضيا اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولان ملك النكاح
ملك محصوم ولا عصمة مع الردة ولان نكاح المرتد لا يقع وسيلة الى
مقاصده المطلوبة منه لانه يجبر على الاسلام على ما بينا فلا يفيد
فائدته فلا يجوز والدليل عليه ان الردة لو اعترضت على النكاح رفعته
فاذا قارنته تمنعه من الوجود من طريق الاولى كالرضاع لان المنع
اسهل من الرفع **فصل** ومنها ان لا تكون المراة مشركة اذا كان الرجل
مسلما فلا يجوز للمسلم ان ينكح المشركة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يومن ويجوز له ان ينكح الكتابية لقوله والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب من قبلكم والعرف ان الاصل ان لا يجوز للمسلم نكاح الكافرة

نكاح الردة

لان

الكافرة لان ازدواج الكافرة والمخالطة معها مع قيام المعاني الدينية لا تحصل
السكن والمودة الذي هو قوام مقاصد النكاح الا انه جوز نكاح الكتابية
لرجاء اسلامها لاعتقادها بكتب الانبياء والرسل في الجملة وانما تقضت
الجملة بالتفصيل بنا على ما اخبرت عن الامر على خلاف الحقيقة فالظاهر
انها متى تبينت على حقيقة الامر تنبهت وتاتي بالايمان على التفصيل
على حسب ما كانت على الجملة هذا هو الظاهر من حال التي تبنى امرها
على الدليل دون الهوى والطبع والزوج يدعوها الى الاسلام وينبهها
على حقيقة الامر فكان في نكاح المسلم رجاء اسلامها فيجوز نكاحها
لهذه العاقبة الحميدة بخلاف المشركة فاعتبار اختيارها الشرك ما ثبت
امرها على الحجة بل على التقليد بوجود الاباء على ذلك من غير ان تنبه في
ذلك الى الحق من يجب قبول قوله واتباعه وهو الرسول فالظاهر انها
لا تنظر في الحجة ولا يلتفت اليها عند الدعوة فبقي ازدواج الكافرة من
قيام العداوة الدينية المانعة عن الشكر والمودة خاليا عن العاقبة الحميدة
فلم يجز نكاحها وسواء كانت الكتابية حرة او امة عندنا وقال الشافعي
لا يجوز نكاح الامة الكتابية وجل وطيها بملك اليمين واحتج بقوله تعالى
ولا تنكحوا المشركات حتى يومن والكتابية مشركة على الحقيقة لان الشرك
من يشرك الله تعالى في الالوهية واهل الكتاب كذلك قال الله تعالى وقالت
اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله وزعمت النصارى
ان الله ثالث ثلاثة فمفهوم النص يقتضي حرمة نكاح جميع المشركات
الا انه خص منه الحرائر من الكتابيات بقوله تعالى والمحصنات من
الذين اوتوا الكتاب من قبلكم وهن الحرائر فبقيت الاماء تحت
ظاهر العموم ولان جواز نكاح الاماء الاصل ثبت بطريق الحرمة لما
ذكرنا فيما تقدم والحرمة تندفع بنكاح الامة المومنة ولنا عموما نكاح
بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله فانكحوهن باذن اهلهن وقوله
فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغير ذلك من غير فصل بين الامة المومنة

ع

والامة الكتابية الا ما خصه بدليل واما الاية فهي في غير الكتابيات من
المشركات لان اهل الكتاب وان كانوا مشركين على الحقيقة لكن هذا الاسم
في متعارف الناس يطلق على المشركين من غير اهل الكتاب وقال الله
تعالى ما يود الذين كفروا من اهل الكتاب ولا المشركين وقال ان الذين
كفروا من اهل الكتاب والمشركين في نار جهنم فصل بين الفريقين في
الاسم على ان الكتابيات ان دخلن تحت عموم اسم المشركات بحكم
ظاهر اللفظ لكنهن خصصن عن العموم بقوله تعالى والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم واما الكتابيات اذا كن عفائف =
يستحققن هذا الاسم لان الاحصان في كلام العرب عبارة عن المنع و
معنى المنع يحصل بالعفة والصلاح كما يحصل بالحرية والاسلام والنكاح ٤
لان كل ذلك مانع المراة عن ارتكاب الفاحشة فيتناولهن عموم اسم
المحصنات وقوله الاصل في نكاح الاماء الفساد ممنوع بل الاصل في النكاح
هو الجواز حرة كانت المنكوحة او امة مسلمة او كتابية لما مر ان النكاح عقد
لمصلحة والاصل في المصالح اطلاق الاستيفاء والمنع عنه لمعنى في غيره
على ما عرف ولا تجوز للمسلم نكاح المجوسية لان المجوس ليسوا من اهل
الكتاب قال الله تعالى وهذا كتاب انزلناه مبارك الى قوله ان تقولوا انما
انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا معناه والله اعلم اي انزل الكتاب عليكم
لئلا تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا معناه والله اعلم
اي انزل الكتاب عليكم لئلا تقولوا انما انزل على طائفتين من قبلنا
ولو كان المجوس من اهل الكتاب لكان اهل الكتاب ثلاث طوائف فيودي
الى الخلف في خبره ولان الاجماع على ان هذا لو كان حكاية عن قول المشركين
لكان دليلا على ما قلناه لانه حكى عنهم القول فلم يعقبه بالانكار عليهم والتكذيب
اياهم والحكيم اذا حكى عن منكر عين ولا اصل فيه ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب غير انهم لبسوا من

مجوسية

اهل

اهل الكتاب ولا تحل وطيهما بملك اليمين ايضا والاصل انه لا تحل وطي كافرة
بنكاح ولا بملك يمين الا الكتابية خاصة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يؤمن واسم النكاح يقع على العقد والوطي جميعا ويحرمان جميعا
ومن كان احد ابويه كتابيا والاخر مجوسيا كان حكمه حكم اهل الكتاب
لانه لو كان احد ابويه مسلما يحل له حكم الاسلام لان الاسلام يعلو
ولا يعلى وكذا اذا كان كتابيا يحل له حكم اهل الكتاب لان الكتابي له
بعض احكام اهل الاسلام وهو المناكحة وجواز الذبيحة والاسلام
يعلو بنفسه وباحكامه ولان رجا الاسلام من الكتابي اكثر فكان
اولى بالاستتباع واما الصابيات فقد قال ابو حنيفة رحمه الله
انه يجوز للمسلمين نكاحهن وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وقيل
هذا ليس باختلاف في الحقيقة وانما الاختلاف لاشتباه مذهبهم
فعند ابي حنيفة انهم قوم يوحدون ويقرءون الزبور ولا
يعبدون الكواكب لكنهم يعظمون قبلتنا كتعظيم المسلمين الكعبة بالاستقبال
الا انهم يخالفون غيرهم من اهل الكتاب في بعض دياناتهم والا
يمنع المناكحة كاليهود مع النصارى وعند ابي يوسف ومحمد انهم قوم
يعبدون الكواكب وعابد الكواكب كعابد الوثن فلا يجوز للمسلمين نكاحهن

صابيات

فصل ومنها اسلام الرجل اذا كانت المراة مسلمة فلا يجوز انتكاح
المومنة الكافر لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا ولان في
نكاح الكافر المومنة خوف وقوع المومنة في الكفر لان الزوج يدعوها
الى دينه والنساء في العادات يتبعن الرجال فيما يوثرون من الافعال
ويقلدنهم في الدين اليه وقعت الاشارة في احد الاية اولئك يدعون
الى النار لانهم يدعون المومنات الى الكفر والدعاء الى الكفر دعاء الى النار
لان الكفر يوجب النار فكان نكاح الكافر المسلمة سببا داعيا الى الحرام
فكان حراما والنص وان ورد في المشركين لكن العلة وهي الدعاء الى النار
تعم الكفرة اجمع فيتعمم الحكم بعموم العلة فلا يجوز نكاح المسلمة الكتابي

كالا يجوز انكاحها الوثني والمجوسي ولان الشرع قطع ولاية الكافرين على المؤمنين
بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فلو جاز نكاح الكافر
المؤمنة لثبت له عليها سبيل وهذا لا يجوز واما انكحة الكفار غير المرتدين
بعضهم لبعض فجايز به الجملة عند عامة العلما وقال مالك انكحتهم فاسدة
لان النكاح في الاسلام شرايط لا يراعونها فلا يحكم بصحة انكحتهم وهذا
غلط شديد لقوله تعالى وامرأته حمالة الحطب سماها امرأته ولو كانت
انكحتهم فاسدة لم تكن امرأته حقيقة ولان النكاح سنة آدم صلوات
الله عليه وهو على شرايعه قبل ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم ولدت من
نكاح ولم اولد من سفاح وان كان ابواه كافرين ولان القول بفساد
انكحتهم يودي الى امر قبيح وهو الطعن في نسب كثير من الانبيا
صلوات الله عليهم لان كثيرا منهم ولد وا من ابوين كافرين والمذاهب
يمكن بفسادها فالمفضي الى قبح عرف فسادها ويجوز نكاح اهل
الذمة بعضهم ببعض ولكن اختلفت شرايعهم لان الكفر كله ملة
واحدة اذ هو تكذيب الرب سبحانه وتعالى فيما انزل على رسله
عليهم السلام وقال الله تعالى لكم دينكم ولي دين فاختلافهم في
شرايعهم بمنزلة اختلاف كل فريق منهم فيما بينهم في بعض شرايعهم
وذا لا يمنع جواز نكاح بعضهم لبعض كذا هذا **فصل** ومنها ان لا يكون
احد الزوجين ملك صاحبه ولا شقصا منه ملكه فلا يجوز للرجل
ان يتزوج جاريته ولا جارية مشركة بينه وبين غيره وكذلك لا يجوز
للمرأة ان تتزوج عبدها ولا العبد المشترك بينها وبين غيرها لقوله
تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم
الاية اباح الوطي لا باحة المرين لان كلمة او تتناول احد المذكورين فلا
تثبت الا باحة بهما على الجمع ولان للنكاح حقوقا تثبت على الشركة
بين الزوجين منها مطالبة المرأة الزوج بالوطي ومطالبة الزوج المرأة
بالتمكين وقيام ملك الرقبة يمنع من الشركة واذا لم تثبت في الشركة

في ثمرات

في ثمرات النكاح فلا يجوز ولان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يجوز ان تثبت
على المولى لامته ولا على الحرة لعبدها لان ملك الرقبة يقتضي ان تكون
الولاية للمملوك على المالك فيودي الى ان يكون الشخص الواحد في زمان
واحد وليا ومولى عليه في شي واحد وهذا محال ولان النكاح لا يجوز من
غير مهر عندنا ولا يجب للمولى على عبده دين ولا للعبد على مولاه وكذا لا
يتزوج مدبرته ومكاتبته لان كل واحدة منها ملكه وكذا اذا اعترض
ملك اليمين على النكاح بطل النكاح بان كان ملك احد الزوجين صاحبه
او شقصا منه لما نذكره في موضعه ان شا الله **فصل** ومنها
التابيد فلا يجوز النكاح الموقت وهو نكاح المتعة وانه نوعان احدهما
ان يكون بلفظ التمتع والثاني ان يكون بلفظ النكاح والتزوج وما
يقوم مقامهما اما الاول فهو ان يقول اعطيك كذا على ان استمتع منك
يوما او شهرا او سنة او نحو ذلك وانه باطل عند عامة العلما وقال
بعض الناس هو جايز واحتجوا بظاهر قوله تعالى فما استمتعتم به منهن
فاتوهن اجورهن فريضة والاستدلال به من ثلاثة اوجه احدها
انه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد والثاني
انه امر بايتا الاجر بعد الاستمتاع وذلك يكون في عقد المتعة
فاما المهر فانما يجب في النكاح بنفس العقد فيوخذ الزوج والمهر
او ولا يتمكن من الاستمتاع دلت الاية على جواز عقد المتعة ولنا
الكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى
والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم حرم
الله الفاج الا باحد سببين والمتعة ليست بنكاح ولا بملك يمين فيبقى
التحريم والدليل على انها ليست بنكاح انها تنقطع من غير طلاق
ولا فرقة ولا يجري التوارث بينهما فدل انها ليست بنكاح فلم تكن
هي زوجة له وقوله تعالى في اخر الاية فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك
هم العادون سمى ما وراء ذلك عدوانا فدل على حرمة الوطي بدونها هذين

النكاح الموقت

السيئين وقوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء فكان ذلك منهم
اجارة الا ما نهي عن ذلك وسماه تعالى دل على الحرمة واما السنة
فما روي عن علي رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وروي
في رواية اخرى انه نهى عن ذلك يوم فتح مكة وروي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان قائما بين الركن والمقام وهو يقول ايها
الناس متعة فمن كان عنده شيء فليفارقه ولا تاخذوا مما اتيتموهن
شيئا ان الله قد حرمها الى يوم القيامة واما الاجماع فلان الامة باسرها
امتنعوا عن العمل بالمتعة مع ظهور الحاجة لهم الى ذلك واما المعقول فهو
ان النكاح ما شرع لاقتضاء الشهوة بل لاغراض ومقاصد ويتوسل
به اليهما واقتضاء الشهوة بالمتعة لا يتم وسيلة الى المقاصد فلا يشرع
واما الاية فمعنى قوله فما استمتعتم به منهن اي في النكاح لان المذكور
في اول الاية واخرها هو النكاح فان الله تعالى ذكر اصنافا من
المحرمات في اول الاية في النكاح واباح ما وراءها بالنكاح بقوله واحل لكم
ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم اي بالنكاح وقوله محصنين غير مسافحين
اي متناكحين غير زانين وقال في سياق الاية فمن لم يستطع منكم
طولا ان ينكح المحصنات ذكر النكاح لا الاجارة والمتعة فينصرف قوله
فما استمتعتم به منهن الى الاستمتاع بالنكاح واما قوله سمى الواجب
اجرا فنعم لكن المهر في النكاح يسمى اجرا قال الله تعالى فانكحوهن
باذن اهلهن واتوهن اجورهن بالمعروف اي مهورهن وقال ايما
انا احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت اجورهن وقوله امر بايتاء الاجر
بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس النكاح فيوجد قبل الاستمتاع
قلنا قد قيل في الاية تقديم وتاخير كانه قال واتوهن اجورهن مما
استمتعتم به منهن اذا اردتم الاستمتاع بهن كقوله تعالى يا ايها النبي
اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن اي اذا اردتم تطليق النساء

على

٤٥

على انه ان كان المراد من الاية الاجارة والمتعة فقد صارت منسوخة بما تلوناه
من الايات وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان قوله فما استمتعتم به منهن
نسخت قوله يا ايها النبي اذا طلقتم النساء وعن ابن مسعود رضي
الله عنه انه قال المتعة منسوخة بالنساء منسوخة بسورتها الطلاق
والرضاع والعدة والمواريث والحقوق التي تجب في النكاح اي النكاح
هو الذي تثبت به هذه الاشياء فلا يثبت شيء منها بالمتعة والله اعلم
واما الثاني فهو ان يقول انزوجك عشرة ايام ونحو ذلك فانه فاسد
عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر النكاح جائز وهو مؤبد والشرط باطل وروى
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال اذا ذكر من المدة ما يعيشان
الى تلك المدة فالنكاح باطل وان ذكر من المدة مقدارا ما لا يعيشان
الى تلك المدة في الغالب يجوز النكاح كما ذكرا لابد وجه قول زفر انه
ذكر النكاح وشرط فيه شرطا فاسدا لا يبطله الشروط الفاسدة فيبطل
الشرط ويبقى النكاح صحيحا كما اذا قال تزوجتك على ان طلاقك الى
عشرة ايام ولنا انه لو جاز هذا العقد لكان لا يخلو اما ان يجوز موقتا
بالمدة المذكورة واما ان يجوز مؤبدا لا سبيل الى الاول لان هذا معنى
المتعة الا انه عبر عنها بلفظ النكاح والتزوج والمعتبر في العقود
معانيها لا الالفاظ كالكفالة بشرط براءة الاصيل لا عنا حوالة معنى
لوجود معنى الحوالة وان لم يوجد لفظها والمتعة منسوخة ولا وجه
للثاني لان فيه استحقاق البضع عليها من غير رضاها وهذا لا يجوز
واما قوله انى بالنكاح ثم ادخل عليه شرطا فاسدا فممنوع بل اتى
بنكاح موقت والنكاح الموقت نكاح متعة والمتعة منسوخة
فصار هذا كالنكاح المضاف انه لا يصح ولا يقال انه يصح النكاح
ويبطل الاضافة لان المأتي به نكاح مضاف وانه لا يصح كذا هنا بخلاف
ما اذا قال انزوجك على ان طلاقك الى عشرة ايام لان هناك انشأ النكاح
ثم شرط قطع التابيد بذكر الطلاق في النكاح المؤبد لان على كلمة شرط والكلام

لان على ان الطلاق الى عشرة ايام لان هناك ابد النكاح ثم شرط قطع التابيد
بذكر الطلاق في النكاح المؤبد لان على كلمة شرط والنكاح المؤبد لا تبطله الشروط
والله اعلم **فصل** ومنها المهر عندنا فلا جواز للنكاح بدون
المهر والكلام في هذا الشرط في مواضع في بيان ان المهر هل هو شرط
جواز النكاح ام لا وفي بيان ادنى المقدار الذي يصلح مهرا وفي بيان
ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وفي بيان حكم صحة التسمية و
فسادها وفي بيان ما يجب به المهر وفي بيان وقت وجوبه وكيفية
وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام وفي بيان ما يتاكد به كل المهر وفي
بيان ما يسقط به الكل وفي بيان ما يسقط به النصف وفي بيان حكم اختلاف
الزوجين في المهر اما الاول فقد اختلفت فيه قال اصحابنا رحمهم الله
ان المهر شرط جواز نكاح المسلم وقال الشافعي ليس بشرط ويجوز النكاح
بدون المهر حتى من تزوج امراة ولم يسم لها مهرا بان سكت عن ذكر المهر
او تزوجها على ان لا مهر لها ورضيت المراة يجب مهر المثل بنفس العقد
عندنا حتى يثبت لها ولاية المطالبة بالتسليم ولو ماتت المراة قبل
الدخول يوخذ مهر المثل من الزوج ولو مات الزوج قبل الدخول تستحق
مهر المثل من تركته وعنده لا يجب مهر المثل بنفس العقد وانما يجب بالفرض
على الزوج او بالدخول حتى لو دخل بها قبل الفرض يجب مهر المثل ولو طلقها
قبل الدخول بها وقبل الفرض لا يجب مهر المثل بالاجماع وانما تجب المتعة ولو
مات الزوجان لا يقضى بشيء في قول ابي حنيفة رحمه الله في قول ابي
يوسف ومحمد يقضي لورثتها بمهر مثلها وسيوفى من تركة الزوج
ولا خلاف في ان النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيه لقوله تعالى
لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة
رفع الجناح عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه والطلاق لا يكون الا بعد
النكاح فدل على جواز النكاح بلا تسمية وقوله يا ايها الذين امنوا اذا
نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن والمراد منه الطلاق

في نكاح

في نكاح لا تسمية فيه بدليل انه اوجب المتعة بقوله تعالى ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن
انما تجب في نكاح لا تسمية فيه فيدل على جواز النكاح من غير تسمية
ولانه متى قام الدليل على انه لا جواز للنكاح بدون المهر كانه ذكر ذلك
للمهر مرارا احتج الشافعي بقوله تعالى واتوا النساء صدقاتهن
نحلة سمي الصداق نحلة والنحلة هي العطية والعطية هي الصلة
فدل ان المهر صلة زائدة في باب النكاح فلا يجب بنفس العقد ولان
النكاح عقد ازدواج لان اللفظ لا يبنى الا عليه فيقتضي ثبوت
الزوجية بعضها وحل الاستمتاع بكل واحد منهما لصاحبه تحقيقا
لمقاصد النكاح الا انه ثبت عليها نوع ملك في منافع البضع ضرورة
تحقيق المقاصد ولا ضرورة في اثبات ملك المهر لها عليه فكان المهر
عندنا زيادة في حق الزوج صلة لها فلا يصير عوضا الا بالتسمية
والدليل على جواز النكاح من غير مهر ان المولى اذا زوج امته
من عبده يصح النكاح ولا يجب المهر لانه لو وجب عليه لوجب للمولى
ولا يجب للمولى عليكي على عبده دين ولذا الذمي اذا تزوج ذمية لم يجب
مهر حال النكاح لا يجب المهر ولذا اذا ما تا في هذه المسئلة قبل الفرض
لا يجب شيء عند ابي حنيفة رحمه الله ولنا قوله تعالى واحل لكم
ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم اخبر انه احل ما وراء ذلك بشرط ابتغاء
المال دل انه لا جواز للنكاح بدون المال فان قيل الاحلال بشرط ابتغاء
المال لا ينفي الاحلال بدون هذا الشرط قلنا الجواب ان الاصل في الابضاع
والنفوس هو الحرمة والاباحة تثبت بهذا الشرط فعند عدم الشرط
تبقى الحرمة على الاصل لاحكام التعليق بالشرط فلم يتناقض اصلنا
بحمد الله تعالى وروي عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
ان رجلا كان يختلف اليه شهرا يسأله عن امراة مات عنها زوجها
ولم يكن فرض لها شيئا وكان يتردد في الجواب فلما تم الشهر قال
للسائل لم اجد ذلك في كتاب الله تعالى ولا فيما سمعته من رسول الله

النحلة

ع

الاصل في الابضاع والنفوس الحرمة

صلى الله عليه وسلم ولكن اجتهد فيه برايي فان اصبت فمن الله وان
اخطات فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريان اري لها مهر مثل نسايها
لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال اني اشهد
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعية
بمثل قضايك هذا فقام اناس من اشجع وقالوا انا نشهد بمثل شهادته
ففرح عبد الله فرحا لم يفرح مثله في الاسلام بموافقة قضايه قضا
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد
لا حصول لها الا بالدوام على النكاح والمقام ولا يدوم الا بوجوب
المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الاسباب التي تحمل
الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة فلو لم يجب المهر بنفس
العقد لا يبالي الزوج عن ازالة هذا الملك وهي خشونة تحدث بينهما
لانه لا يشق عليه ازالة لما لا يخاف لزوم المهر ولا يحصل المقاصد
المطلوبة من النكاح ولان مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل الا بالموافقة
لا تحصل الموافقة الا اذا كانت عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة الا بانسداد
طريق الوصول اليها الا بما له خطر عنده لان ما ضاق طريق الوصول
اليه يعز في الاعين فيعز امساكه وما تيسر طريق اصابته يهون في الاعين
فيهون امساكه وهي هانت في عين الزوج فلحقه الوحشة فلا
تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح ولان الملك ثابت في حالتيهما
املك نفسها واما في المتعة واحداث الملك في الحر ليس بمشروع لذل
والهوان فلا بد وان يقابله مال له خطر لتحقير الذل من حيث المعنى
والدليل على صحة ما قلنا وفساد ما قاله انما اذا طلبت العرض
من الزوج يجب عليه العرض حتى لو امتنع فالقاضي يجبره على ذلك
ولو لم يفعل ناب منابه في العرض وهذا دليل الوجوب قبل العرض
لان العرض تقدير ومن المحال وجوب تقدير ما ليس بواجب وكذا

لما

كان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه مجتهدا

لها ان تحبس نفسها حتى تقبض المهر ويسلم اليها بعد القرض وذلك
كله دليل الوجوب بنفس العقد واما الاية فالنحلة كما يذكر بمعنى
قوله العطية يذكر بمعنى الدين يقال ما نحلتك اي ما دينك فكان
معنى قوله وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اي دينا اي انتحلوا ذلك
وعلى هذا كانت الاية حجة عليهما تقتضي ان يكون وجوب
المهر في النكاح دينا فيقع الاحتمال في الاداء بالاية فلا يكون حجة مع
الاحتمال واما قوله ان النكاح بني على الازدواج فقط فنعم لكنه
شرع لمصالح لا تحصل الا بالمهر فيجب المهر الذي لا يبنى عن الملك
ايضا لما كان مصلح النكاح لا تحصل بدونه ثبت تحصيلا للمصلح

ترويج المولى جاريته من عبده

كذا المهر واما المولى اذا زوج امته من عبده فقد قيل ان المهر يجب
ثم يسقط وفايدة الوجوب هي جواز النكاح واما الذمي اذا
تزوج ذمية بغير مهر فعلى قولهما يجب المهر واما على قول ابي
حنيفة رحمه الله فيجب ايضا الا انا لا نتعرض لهم لانهم يدينون
ذلك ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون حتى انهما لو تنافيا
الى القاضي فرض القاضي لها المهر وكذا اذا مات الزوجان يقضي
بمهر المثل لورثة المرأة عندهما وعند ابي حنيفة انما لا يقضي
به لوجود الاستيفاء دلالة لان موتهما معا في زمان واحد نادر
وانا الغالب موتهما على التعاقب فاذا لم تجدي المطالبة بالمهر
دل ذلك على الاستيفاء او على اسقاط البعض والابراء عن البعض
معا الله قد قيل ان قول ابي حنيفة رحمه الله محمول على ما اذا تفادم
العهد حتى لم يبق من نساء مثلها من يعتبر به مهر مثلها كذا ذكره ابو
الحسن الكرخي وابو بكر الرازي وعند ذلك يتعذر القضاء بمهر المثل
والى هذا اشار محمد لابي حنيفة وقال ارايت لو ان ورثة على ادعوا
على ورثة محمد مهر ام كلثوم رضي الله عنهم كنت اقضي به وهذا المعنى
لم يوجد في موت احدهما فيجب مهر المثل والله الموفق

واما بيان ادنى المقدار الذي يصلح به مهرا فادناه عشرة
دراهم او ما قيمته عشرة وهذا عندنا وعند الشافعي المهر غير
مقدر لسيولة فيه القليل والكثير ويصلح الدانق والحبة مهرا
واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
من اعطى في نكاح ملأ كفيه طعاما اودقيقا او سويقا فقد استحل
وروي عن انس رضي الله عنه انه قال تزوج عبد الرحمن بن
عوف امراة على وزن نواة من ذهب وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم فدل ان التقدير في المهر ليس بلازم ولان المهر
يثبت حقا للعبد وهو المراة بدليل انها تملك التصرف فيه
استيفا واسقاطا فكان التقدير فيه الى المتعاقدين ولنا قوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم شرط ان يكون مالا والحبة
والدانق ونحوها لا يعد مالا فلا تصلح مهرا وروي عن جابر بن عبد
الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا مهر دون عشرة دراهم
والظاهر انهم ذلك توقيفا لانه باب لا يوصل اليه بالاجتهاد والقياس
ولانه لما وقع الاختلاف في المقدار يجب الاخذ بالمتيقن وهو العشرة
ولما الحديث ففيه اثبات الاستحلال اذا ذكر فيه مال قليل لا يبلغ
قيمته عشرة وعندنا الاستحلال ثابت لان النكاح صحيح الا ترى انه
يصح من غير تسمية شيء اصلا فقد تسمية مال قليل اولى ولان
المسمى اذا كان دون عشرة تكمل عشرة فليس في الحديث نفي
الزيادة على المقدار المذكور وعندنا قام دليل الزيادة الى العشرة
لما ذكرنا فتكمل العشرة ولا تجد له فيما روي من الاثر لان وزن نواة
من ذهب قد يكون مثل وزن دينار بل يكون اكثر في العادة فان
قيل روي ان قيمة النواة كانت ثلاثة دراهم فالجواب ان المقوم
غير معلوم انه من كان فلا يجوز ان يجعل قول ذلك المقوم حجة على
الغير حتى يعلم انه من كان معها انه قد قال فنقول ان النواة كان بلغ وزن عشرة

قيمة

٤١

قيمة عشرة دراهم وبه قال ابراهيم النخعي رحمه الله على ان المقدر
المذكور في الخبر والاثر يحتمل ان يكون معجلا في المهر لا اصل المهر على
ما جرت العادة بتعجيل شيء من المهر قبل الدخول ويحتمل ان يكون
ذلك كله حال في جواز النكاح بغير مهر حتى ما قيل ان النكاح كان
جايزا بغير مهر على ما قيل ان النكاح كان جايزا بغير مهر الى ان
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشغار واما قوله ان المهر
حق العبد فكان التقدير فيه الى العبد فنقول نعم هي في حالة البقا
حتى على الخلوص فاما في حالة الثبوت فحق الشرع متعلق به ايجابا
لخطر البضع صيانة له عن شبهة الابتذال بايجاب مال له خطر
في الشرع كما في باب السرقة فان كان اقل من عشرة تكمل عشرة
عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لها مهر المثل ولنا انه لما كان ادنى
المقدار الذي يصلح مهرا في الشرع هو العشرة كان ذكر بعض العشرة
ذكرا للكل لان العشرة في كونها مهرا لا يتجزى وذكر البعض مما لا يتبعض
يكون ذكرا للكل كما في الطلاق والعفو عن القصاص واما قوله ان ما
دون العشرة لا يصلح مهرا فيفسد التسمية فنقول التسمية انما
تفسد اذا لم يكن المسمى مالا او كان مجهولا وها هنا المسمى
مال وان قل وهو معلوم الا انه لا يصلح مهرا بنفسه لا بغيره فكان
ذكره ذكرا لما هو الادنى من الصالح بنفسه وفيه تصحيح تصرفه
بالقدر الممكن فكان اولى من الحاقه بالعدم وفيه اخذ باليقين
ايضا فكان احق بخلاف ما اذا ذكر خمرا او خنزيرا لان المسمى
ليس بمال فلا يصلح مهرا لا بنفسه ولا بغيره فتفسد التسمية
فوجب الموجب الاصلي وهو مهر المثل ولو تزوجها على ثوب
معين او موصوف او على مكيل او موزون معين او موصوف فذلك
مهرها اذا بلغت قيمته عشرة وتعتبر قيمته يوم العقد لا يوم
التسليم حتى لو كانت قيمته يوم العقد ثمانية فلم يسلمه الى

تعتبر قيمة المهر يوم العقد

حتى صارت قيمته عشرة وتعتبر قيمته يوم العقد لا يوم التسليم
حتى لو كانت قيمته يوم العقد عشرة فلم يسلمه اليها حتى صارت قيمته
ثمانية فليس لها الا ذلك ولو كانت قيمته يوم العقد ثمانية فلم يسلمه
اليها حتى صارت قيمته عشرة فلها ذلك ودرهمان وذكر الحسن عن
ابي حنيفة انه فرق بين التزوج وبين المكيل والموزون فقال في
التزوج تعتبر قيمته يوم التسليم وفي المكيل والموزون يوم العقد وهذا
الفرق لا يقبل له وجه في المعنى لان الزوج مجبور على تسليم المعين
فيهما جميعا ووجه الفرق بينهما في الموصوف ان المكيل او الموزون
اذا كان موصوفا في الذمة فالزوج مجبور على دفعه ولا يجبر
دفع غيره من غير رضاها فكان مستقرا مهرا بنفسه في ذمته
فتعتبر قيمته يوم الاستقرار وهو يوم العقد فاما التزوج وان
وصف فلم يتقرر مهرا في الذمة بنفسه بل الزوج مخير بين
تسليمه وتسليم قيمته في احدى الروايتين على ما يذكر وانما
يتقرر مهرا في التسليم فتعتبر قيمته يوم التسليم وجه ظاهر الرواية
ان ما جعل مهرا لم يتقرر في نفسه وانما التقرر في رعنات الناس
بحدوث تنور فيهما ولهذا لو غصب شيئا قيمته عشرة تتقرر
بسعره وصار يساوي خمسة فرده على المالك لا يضمن شيئا
ولانه لو سمى ما هو دون مالية من العشرة كان ذلك تسمية
للعشرة لان ذكر البعض فيما لا يتجزى ذكر للكل فصار كانه
سمى ذلك ودرهمين ثم ازادت قيمته والله اعلم

سئلة من الغصب

واما بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وبيان حكم صحة
التسمية وفسادها فنقول لصحة التسمية شرايط منها ان
تكون المسمى مالا متقوما وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس
بشرط وتصح التسمية سواء كان المسمى مالا او لم يكن لهذا
ان كان مما يجوز اخذ العوض عنه واحتج بما روي ان امراة جاءت
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني وهبت

شرايط صحة التسمية

نفسي

نفسي لك فقال صلى الله عليه وسلم ما لي في النساء من حاجة فقام رجل
وقال زوجنيها يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما عندك فقال ما عندي شيء فقال اعطها ولو خاتما من حديد فقال
ما عندي فقال هل معك شيء من القران قال نعم سورة كذا فقال زوجتها
بما معك من القران ومعلوم ان المسمى وهو السورة من القران هو
لا يوصف بالمال فدل ان كون المسمى مالا ليس بشرط لصحة التسمية
ولانا قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين شرط
ان يكون المهر مالا فما لا يكون مالا لا يكون مهرا فلا يصح تسمية مهرا وقوله
تعالى فنصف ما فرضتم امر بتنصيف المفروض في الطلاق قبل الدخول
فيقتضي كون المفروض محتملا للتنصف وهو المال واما الحديث
فهو على حد الاحاد لا يترك نص الكتاب بالخبر الواحد مع ان ظاهره
متروك لان السورة من القران لا تكون مهرا بالاجماع وليس
فيه ذكر تعليم القران وما يدل عليه ثم تاويله زوجتكها بسبب
ما معك من القران وبحرمته وبركته لانه كان ذلك النكاح تقيد
تسمية مال وعلى هذا الاصل مسايل اذا تزوج على تعليم القران
او على تعليم الحلال والحرام من الاحكام او على الحج او العمرة ونحوها
من الطاعات لا تصح التسمية عندنا لان المسمى ليس بمال فلا
يصير شيء من ذلك مهرا ثم الاصل في التسمية انها اذا صحت وتقررت
تجب المسمى ثم ينظر ان كان المسمى عشرة فصاعدا فلها
الا ذلك وان كان دون العشرة يكمل عشرة عندنا خلافا للزفر والمسيلة قد مرت واذا فسدت التسمية او تزلزلت
يجب مهر المثل لان الفرض الاصلي في هذا الباب هو مهر المثل لانه
قيمة البضع وانما يعدل عنه الى المسمى اذا صحت التسمية و
كانت التسمية تقدير الهلاك القيمة فاذا لم تصح التسمية او
تزلزلت لم يصح التقدير ووجب المصير الى الفرض الاصلي

ولهذا كان المبيع بيعا فاسدا مضمونا بالقيمة في ذوات القيم
لا بالثمن كذا هذا والنكاح جائز لان جوازه لا يقف على التسمية
اصلا فانه جائز عند عدم التسمية راسا فعدم التسمية اذا لم يمنع
جواز النكاح فمفسادها اولى ان لا يمنع ولان التسمية اذا فسدت
التحقت بالعدم فصار كانه تزوجها ولم يسم شيئا وهناك النكاح صحيح
كذا هنا ولان تسمية ما ليس بمال شرط فاسد والنكاح لا تبطله
الشروط الفاسدة بخلاف البيع والفرق ان الفساد في باب البيع
لكان الربوا والربوا لا يتحقق في النكاح فبطل الشرط وبقي النكاح
صحيحا وعنده تصح التسمية ويصير المذكور مهرا لانه يجوز اخذ
العوض عنه بالاستيجار عليه عنده فيصح تسميته مهرا وكذلك اذا
تزوج على طلاق امراة اخرى وعلى العفو عن القصاص عندنا لان الطلاق
ليس بمال وكذا القصاص وعنده تصح التسمية لانه يجوز اخذ العوض
عن القصاص والطلاق وكذلك اذا تزوجها على ان لا يخرجها من
بلدها او على ان لا تتزوج عليها لان المذكور ليس بمال ولو تزوج
المسلم على ميتة او دم او خمر او خنزير لم تصح التسمية لان الميتة
او الدم ليس بمال في حق احد والخمر والخنزير ليس بمال متقوم
في حق المسلم فلم يصح تسمية شيء من ذلك مهرا وعلى هذا يخرج
نكاح الشغار وهو ان يزوج الرجل اخته لاخر على ان يزوجه اخته
او يزوجه ابنته على ان يزوجه ابنته او يزوجه امته فهذه التسمية
فاسدة لان كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة منهما مهرا لاخر
والبضع ليس بمال فتفسدت التسمية ولكل واحدة من المرأتين
مهر مثلها لما قلنا والنكاح صحيح عندنا وعند الشافعي فاسد و
احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح الشغار
والنهي يوجب فساد المنهي عنه ولان كل واحد منهما جعل بضع كل
واحدة من المرأتين نكاحا وصداقا وهذا لا يصح ولنا ان هذا نكاح

موبدا

موبدا ادخل فيه شرط فاسد حيث شرط فيه ان يكون بضع كل واحدة من
المرأتين نكاحا وصداقا وهذا لا يصح ولنا ان هذا نكاح سمى مهرا لاخر
والبضع لا يصلح مهرا والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة كما اذا تزوجها
على ان يطلقها او على ان يقتلها من منزلها ونحو ذلك وبه تبين انه
لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد لان جعل البضع صداقا
لم يصح واما النهي عن نكاح الشغار وهو النكاح الخالي عن العوض
ماخوذ من قولهم شغر البلد اذا خلا عن السلطان وشغر الكلب اذا
رفع احدى رجليه وعندنا هذا نكاح لعوض وهو مهر المثل فلا يكون
شغارا على ان النهي ليس عن عين النكاح لانه تصرف مشروع مشتمل
على مصالح الدين والدنيا فلا يحتمل النهي بل عن خلا النكاح عن تسمية
المهر والدليل عليه ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ينكح المراة بالمراة ليس لواحد منهما
مهر وهذا اشارة الى ان النهي لمكان ترك تسمية لا لعين النكاح فبقي
النكاح صحيحا ولو تزوج حر امراة على ان يخدمها سنة فالتسمية
فاسدة ولها مهر مثلها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد التسمية صحيحة ولها قيمة خدمته سنة وعند الشافعي
التسمية صحيحة ولها خدمته سنة وذكر ابن سماعة في نوادره
انه اذا تزوجها على ان يرعى غنمها سنة ان التسمية صحيحة
ولها رعي غنمها سنة ولفظ رواية الاصل تدل على انها لا تصح
في رعي الغنم كما لا تصح في الخدمة لان رعي غنمها خدمتها من
مشايخنا من جعل في رعي الغنم روايتين ومنهم من قال يصح في رعي
الغنم بالاجماع وانما الخلاف في خدمته لها ولا خلاف في ان العبد اذا
تزوج باذن مولاه امراة على ان يخدمها سنة انه تصح التسمية
ولها المسمى اما الشافعي فقد مر على اصله ان كل ما يجوز اخذ
العوض عنه تصح تسميته مهرا وشافع لا يجوز اخذ العوض

ماخذ الشغار

جعل المهر خدمة

عينها لان اجارة الحر جايزة بالاخلاف فتصح تسميتها كما تصح
تسمية منافع العبد واما الكلام مع اصحابنا فوجه قول محمد ان
منافع الحر مال لانها مال في سايرالعقود حتى يجوز اخذ العوض
عنها فكذا في النكاح واذا كانت مالا صحت التسمية الا انه تعذر
التسليم لما في التسليم من استخدام الحر زوجها وانه حرام لما
يذكر فيجب الرجوع الى قيمتها كما لو تزوجها على عبد فاستحق العبد
انه يجب عليه قيمة العبد لان تسمية العبد قد صحت لكونه مالا لكن
تعذر تسليمه بالاستحقاق فوجبت عليه قيمته لامر المثل كذا هذا
وجه قولهما ان المنافع ليست باموال متقومة على اهل اصحابنا
ولهذا لم تكن مضمونة بالغصب والاتلاف وانما تثبت لها حكم
التقوم في سايرالعقود ضرورة دفع الحاجة بها ولا يمكن
رفع الحاجة بها هاهنا لان الحاجة لا تندفع الا باستيفاء وانه
ممنوع عنه شرعا لان استخدام الحر زوجها حرام لكونه استهانة
واذلالا له وهذا لا يجوز للابن ان يستاجر اباه للخدمة فلم تسلم خدمته
لها شرعا فلا يمكن دفع الحاجة بها فلم يثبت لها التقوم فبقيت على
الاصل وصار كما لو سمى ما لا قيمة له كالخمر والخنزير وهناك لا تصح
التسمية ويجب مهر المثل كذا هاهنا حتى لو كان المسمى فعلا لا استهانة
فيه ولا مذلة على الرجل كرعي دوابها وزراعة اراضيها والاعمال
التي خارج البيت تصح التسمية لان ذلك من باب القيام بامرها
لا من باب الخدمة بخلاف العبد لان استخدام زوجته اياه ليس بحرام
لانه عرضه الاستخدام والابتذال لكونه مملوكا ملحقا بالبهايم
ولان مبنى النكاح على الاشتراك في القيام بمصالح المعاش فكان
لها في خدمته حق فاذا جعل خدمته لها مهرها فكانه جعل ما هو
لها مهرها فلم يجز كالاب اذا استاجر ابنه لخدمته انه لا يجوز لان
خدمة الابن مستحقة عليه كذا هذا بخلاف العبد لان خدمته خالص

استخدام الحرة زوجها حرام

كما لا يجوز

استيجار الاب ابنه لا يجوز

ملك المولى فصحت التسمية ولو تزوجها على منافع سايرالاعيان من ١٥
سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والعمل عليها وزراعة ارضه
ويحوز ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه
المنافع اموال او الحقت بالاموال والحدث بالاموال شرعا في
سايرالعقود ولكان للحاجة والحاجة في النكاح متحققة وامكان
الدفع بالتسليم ثابت بتسليم محالهما اذ ليس فيه استخدام
المراة زوجها فجعلت اموالا والحقت بالاعيان فصحت تسميتها
وعلى هذا يخرج ما اذا قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حر او
جملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان سمى ما يصلح مهرا واشار
الى ما لا يصلح مهرا واما ان سمى ما لا يصلح مهرا واشار الى ما يصلح
مهرا واما ان سمى ما لا يصلح مهرا واشار الى ما يصلح مهرا واما ان سمى
ما يصلح مهرا واشار الى ما لا يصلح مهرا بان قال تزوجتك على
هذا العبد فاذا هو حر او على هذه الشاة الذكية فاذا هي ميتة
فاذكي او على هذا الدن الخل فاذا هو خمر فالتسمية فاسدة في جميع
ذلك والحاصل مثلها في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف
تصح التسمية في الكل وعليه في الحر قيمة الحر لو كان عبدا وفي الشاة
قيمة الشاة لو كانت ذكية وفي الخمر مثل ذلك الدن من خل وسط
ومحمد فوق فقال مثل قول ابي حنيفة في الحر والميتة ومثل قول
ابي يوسف في الخمر وجه قول ابي يوسف ان المسمى مال لان
المسمى هو العبد والشاة الذكية والخل وكل ذلك مال فصحت التسمية
الا انه اذا ظهر ان المشار اليه خلاف جنس المسمى في صلاحية المهر
تعذر التسليم فتجب القيمة في الحر والشاة لانهما ليسا من
المثليات وفي الخمر يجب مثلها خلا لانها مثلي كما لو هلك المسمى
او استحق وجه قول محمد في الفرق ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا
في العقود فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد به

بالمشار اليه وان كان من خلاف جنسه تتعلق العقد بالمسمى هذا اصل
مجمع عليه في البيع على ما تذكره في البيوع والحر من جنس العبد لاتحاد
جنس النفقة وكذا الشاة الميتة من جنس الشاة الذكية فكانت
العبرة للاشارة والتحقت التسمية بالعدم والمشار اليه لا يصلح
مهرا فصار كانه اقتصر على الاشارة ولم يسم بان قال تزوجتك
على هذا وسكت واما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان لاختلاف
جنس المنفعة فتتعلق العقد بالمسمى لكن تعذر تسليمه وهو
مثلي فيجب مثله خلا ولابي حنيفة رحمه الله ان الاشارة والتسمية
كل واحد منهما وجدت للتعريف الا ان الاشارة ابلغ في التعريف
لانها تحصر العين وتقطع الشركة والتسمية لا توجب احضار
العين ولا قطع شركة فسقط اعتبار التسمية عند الاشارة فبقيت
الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فيجب مهر المثل
كما لو اشار الى الميتة والدم والخمر والخنزير وثم يسم وحقيقة الفقه
لابي حنيفة رحمه الله ان هذا حر سمي عبدا وتسمية الحر عبدا
باطل لانه كذب فالتحقت التسمية بالعدم وبقيت الاشارة والمشار
اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فالتحقت الاشارة بالعدم
ايضا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا وهذا فقه واضح
بحمد الله تعالى هذا اذا سمي ما لا يصلح مهرا واشار الى ما لا يصلح
مهرا فاما اذا سمي ما لا يصلح مهرا واشار الى ما يصلح مهرا بان
قال تزوجتك على هذا الحر فاذا هو عبد او على هذه الميتة فاذا هي
ذكية او على هذا الخمر فاذا هو خل فقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة
ان التسمية فاسدة ولها المشار اليه وروى محمد عنه ان لها مهر
المثل وروايته ابي يوسف اصح الروايتين لان الاصل عند ابي حنيفة
ان للتسمية لا حكم لها مع الاشارة في باب النكاح فكانت العبرة
للاشارة والمشار اليه يصلح مهرا فقد هزل بالتسمية والهازل

الاصل هو الاشارة

لا تتعلق

بتسميته حكم فبطل كلامه راسا ولو تزوجها على هذا الدن الخمر
وقيمة الظرف عشرة دراهم فصاعدا روى بن سماعة عن محمد في
هذه المسئلة روايتين روى عنه ان لها الدن لا غير وروى عنه
ايضا ان لها مهر المثل وجه الرواية الاولى انه سمى ما يصلح مهرا
وهو الظرف وما لا يصلح مهرا وهو الخمر فيلغو ما لا يصلح ويصير
ما يصلح مهرا كما لو تزوجها على الخل والخمر وقيمة الخل عشرة انه
يكون لها الخل لا غير لما قلنا كذا هذا وجه الرواية الاخرى ان الظرف
لا يقصد بالعقد عادة بل هو تابع وانما المقصود هو المظروف
فاذا بطلت التسمية في المقصود يبطل فيما هو تبع له والله
اعلم ولو تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس
لها الا العبد الثاني اذا كانت قيمته عشرة دراهم في قول ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وقال محمد
ينظر الى العبد ان بلغت قيمته مهر مثلها فليس لها الا العبد
وان كانت قيمته اقل من مهر مثلها يبلغ الى تمام مهر مثلها
وهو قول زفر وهذا بناء على الاصول التي ذكرنا لهم فمن اصل ابي
يوسف ان جعل الحر مهرا صحيح اذا سمي عبدا ويتعلق بقيمته
ان لو كان عبدا فيتعلق العقد بالمسميين جميعا بقدر ما يحتمل
كل واحد منهما التعليق به فيتعلق بالعبد بعينه لانه يمكن ويتعلق
بالحر بقيمته لو كان عبدا لانه لا يحتمل التعليق بعينه ومن اصل محمد
ان المشار اليه اذا كان من جنس المسمى فالعقد يتعلق بالمشار اليه
والحر من جنس العبد لاتحاد جنس المنفعة فيتعلق العقد بهما الا
انه لا سبيل الى الجمع بين المسمى وبين مهر المثل فيجب مهر المثل
الا ترى لو كان حرين يجب مهر المثل عنده ومتى وجب مهر المثل
امتنع وجوب المسمى ولابي حنيفة اصلان احدهما ما ذكرنا ان الحر

اذا جعل مهرا وسمي عبدا لا يتعلق بتسمية شيء وجعل ذكره والعدم
بمنزلة واحدة والثاني ان العقد اذا اضيف الى ما يصلح والى ما لا يصلح
يلغو ما لا يصلح ويستقر ما يصلح كمن جمع بين امراة تحل له وامراة
لا تحل له وتزوجهما في عقدة واحدة بمسمى يجب كل المسمى بمقابلة
الحلال والعقد نكاحها تصحيحا للعقد والتسمية لقدر الامكان
وتقريرا للعقد فيما امكن تقريره والفاسد فيما لا يمكن تصحيحه فيه
والعبد هو الصالح لكونه مهرا فصحت تسميته ويصير مهرا
لهذا اذا بلغت قيمة عشرة فصاعدا وعلى هذا الخلاف اذا تزوجها
على بيت وخادم والخادم حر ولو تزوجها على هذين الدنين
من الخل فاذا احدهما خمر لها الباقي لا غير في قول ابي حنيفة
اذا كان يساوي عشرة دراهم كما في العبدين وعندهما لها الباقي
ومثل ذلك الدنين من الخل وقد ذكرنا الاصل ولو سمي ما لا يملك
اليه مالا يس بمال كالحر فيه فنفقة نحو طلاق امراة اخرى او
امساكها في بلدها او العفو عن القصاص فان وفا بالمنفعة فليس
لها الا ما سمي اذا كان عشرة فصاعدا لانه سمي ما يصلح مهرا
بنفسه وشرط لها منفعة وقد وفا بما شرط لها فصحت التسمية
وصارت العشرة مهرا وان لم يف بالمنفعة فلها مهر مثلها ثم
ينظر ان كان ما سمي لها من المال مثل مهر مثلها او اكثر فلا شيء
لها الا ذلك وان كان ما سمي لها اقل من مهر مثلها تمم لها مهر
مثلها عندنا وقال زفر ان كان المضمون مالا كما اذا شرط ان يهدي
لها هدية فلم يف بها تضم لها مهر المثل وان كان غير مال كالطلاق
امراة اخرى وان لا يخرجها من بلدها فليس لها الا ما سمي وجه
قول زفر ان ما ليس بمال لا يتقوم فلا يكون قوامه مضمونا بعوض
وما هو مال يتقوم فاذا سلم لها جاز لها الرجوع الى تمام العوض

ولنا

ولنا ان الموجب الاصلي في هذا الباب هو مهر المثل فلا يعدل عنه الا
عند استحكام التسمية فاذا وفي بالمنفعة فقد تقررت التسمية
فوجب المسمى واذا لم يف بها لم تتقرر لانها ما رضيت بالمسمى
من المال عوضا بنفسه بل بمنفعة اخرى مضمونة اليه وهي منفعة
مرغوب فيها ~~لم يتقرر لانها ما رضيت~~ بالمسمى من المال فيما حلال
الاستيفاء شرعا فاذا تسلم لها لم تتقرر التسمية فوجب حقها
في العوض الاصلي وهو مهر المثل فان كان ما سمي لها من المال مهر
مثلها او اكثر فليس لها الا ذلك لانه وصل اليها قدر حقها وان كان
اقل من مهر مثلها يكمل لها مهر مثلها ايصالا للحق الى المستحق
فرق بين هذا وبين ما اذا تزوج على مهر صحيح وارطال من خمر
ان المهر ما سمي لها اذا كانت عشرة فصاعدا وبيطل الحرام وليس
لها تمام مهر مثلها لان تسمية الحرام تضع في حق المسلم اذ لا منفعة
للمسلم فيها لحرمة الانتفاع بها فلا يجوز ان يجب بقوانها عوض
فالتحقت تسميتها بالعدم وصار كانه لم يسم الا المهر الصحيح فلا
يجب لها الا المهر الصحيح بخلاف المسئلة الاولى وعلى هذا يخرج
ما اذا اعتق امته على ان تزوج نفسها منه فقبلت عتقت لانه
اعتقها بعوض فيزول ملكه بقبول العوض كما لو باعها وكما
اذا قال لها انت حرة على الف درهم بخلاف ما اذا قال لعبده
ان ادیت الي الفا فانت حر انه لا يعتق بالقبول ما لم يود لان ذلك
ليس بمعاوضة بل هو تعليق وهو تعليق الحرية بشرط الاداء اليه
فما لم يوجد الاداء اليه لا يوجد الشرط ثم اذا اعتقت بالقبول فبعد
ذلك لا يخلو اما ان زوجت نفسها منه واما ان ابت التزوج فان
زوجت نفسها منه ينظر ان كان قد سمي لها مهرا اخر هو مال
سوى الاعتاق فلها المسمى اذا كان عشرة دراهم فصاعدا وان
كان دون العشرة يكمل عشرة وان كان لم يسم لها سوى الاعتاق

فلها مهر مثلها في قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف صداقتا عتاقتا
ليس لها غير ذلك وجه قوله ان العتق بعني المال بدليل الاعتاق
انه يجوز اخذ العوض عنه بان اعتق عبده على مال فجاز ان يكون مهرا
ولهما ان العتق ليس بمال حقيقة لان الاعتاق ابطال الملكية فكيف يكون
العتق مالا الا انه يجوز اخذ عوض هو مال عنه وهذا لا يدل على كونه
مالا بنفسه الا ترى ان الطلاق ليس بمال ويجوز اخذ العوض عنه
وكذا القصاص ليس بمال واخذ البدل عنه جائز ولان الحر ليست
بمال وان ابت ان تزوج نفسها منه لا يجبر على ذلك لانها حرة ملكت
نفسها فلا تجبر على النكاح لكنها تسعى في قيمتها للمولى عند اصحابنا
الثلاثة وقال زفر لا سعاية عليها وجه قوله ان السعاية انما تجب
لتخليص الرقبة وهذه حرة خالصة فلا يلزمها السعاية ولنا ان
المولى ما رضي بزوال ملكه عن رقبتها الا بنفع يقابله وهو تزويج نفسها
منه وهذه منفعة مرغوب فيها وقد تعذر عليه استيفاء المنفعة
بمعنى من جهتها وهو اباؤها فيقام بدل رقبتها مقامها دفعا للضرر
عنه واما قوله السعاية انما تجب لفكاك الرقبة وتخليصها وهي حرة
خالصة فنقول السعاية قد تكون لتخليص الرقبة وهذا المستسعى
يكون في حكم المكاتب على اصل ابي حنيفة وقد يكون لحق في الرقبة
لا لفكاك الرقبة كالعبد المرهون اذا اعتقه الراهن وهو معسر
وكما اذا قال لعبده انت حر على قيمة رقبتك فقبل حتى عتق كذا
هاهنا ولو تزوج امة على عتق ابيها او ذوي رحم محرم عنها او على
عتق اجنبي عنها فهذا لا يخلو اما ان ذكر فيه كلمة عنها بان قال
انت وجك على عتق ابيك عنك او على عتق هذا العبد عنك واشار
الى عبد اجنبي عنها واما اذا لم يذكر فان لم يذكر وقبلت عتق العبد
والولاء للزوج لانها لان المعتق هو الزوج لانها لان المعتق هو الذي
والولاء للمعتق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولها مهر مثلها ان لم
يكن

يكن سمى لها مهرا اخر هو مال وان كان قد سمى فلها المسمى لانه عتق
العتق بقبول لها النكاح فاذا قبلت عتق والعتق لا يصلح مهرا لانه
ليس بمال فان كان هناك مال سمي وجب ذلك لانه صحت
تسميته مهرا فوجب المسمى وان لم يكن فتسمية العتق مهرا
لم يصح لانه ليس بمال فيجب مهر المثل هذا اذا لم يذكر عنها
فاما اذا ذكر فقبلت عتق العبد عنها وثبت الولاء لها وصار ذلك مهرا
لها لانه لما ذكر العتق عنها ولا يكون العتق عنها الا بعد سبق الملك
لها فملكته اولا ثم عتق عنها كمن قال لاخر اعتق عبدك عني عن
كفارة يميني على الف درهم جاز وتبع العتق عن الامر وحال
ما ملكه كان مالا فصلح ان يكون مهرا هذا اذا تزوجها على الاعتاق
بان تزوجها على ان تعتق هذا العبد عنها ايضا لا غير او من احد
وجهاني اما ان ذكر فيه عنها واما ان لم يذكر فان لم يذكر فقبلت
صح النكاح ولا تعتق العبد هاهنا يقبولها لانه وعد ان تعتق
والعتق لا يثبت بوعد الاعتاق وانما يثبت بالاعتاق فهاهنا لم
تعتق لا لما تعتق بخلاف الفصل الاول لان الزوج هناك كان
على العتق لا على الاعتاق ثم اذا اعتقه فعتق ثبت الولاء منه لا
منها لان الاعتاق منه لا منها والولاء للمعتق ولها مهر مثلها ان
لم يكن هناك مهرا اخر مسمى هو مال وان كان فلها ذلك المسمى
لان الاعتاق ليس بمال بل هو ابطال المالية سواء كان العبد اجنبيا
او ذا رحم محرم منها لان الزوج اجنبي عن العبد هذا اذا اعتقه
كما وعد فان ابا لا يجبر على ذلك لانه حر مالك الا انه ينظر ان لم يكن
ثم مسمى هو مال فلها مهر مثلها لما ذكرنا ان تسمية الاعتاق مهرا
لم تصح ولم توجد تسمية شيء اخر هو مال فتعين مهر المثل
موجبا وان كان قد سمى لها شيئا اخر هو مال فان كان المسمى مثل
مهر المثل او اكثر فلها ذلك المسمى لان الزوج رضي بالزيادة وان كان اقل

من مهر مثلها فان كان العبد اجنبيا فلها ذلك المسمى لا غير لان
له شرطا لا منفعة لها فيه فلا يكون عارا لها بترك الوفاء بما شرط لها
واذا كان ذا رحم محرم منها يبلغ به تمام مهر مثلها لاعتاقه اعار صنيعه
بدون مهر مثلها لمنفعة شرط لها وهو عتق ذي رحم محرم منها
فاذا لم يفعلها بما شرط لم تكن راضية فصار عارا لها هذا اذا لم يقل
عنها فاما اذا قال ذلك بان تزوجها على ان يعتق هذا العبد عنها
ففعلت صح النكاح وصار العبد ملكا لاعنها ثم ملكه ثم يعتق عليها وان
كان اجنبيا يكون الزوج وكيلا عنها بالاعتاق فاذا عتق قبل الدخول
وقع العتق عليها وان عزلته عن ذلك صح العزل والله اعلم فصل
ومنها ان لا يكون مجهولا جهالة تزيد على جهالة مهر المثل وجملة
الكلام فيه ان المهر في الاصل لا يخلو اما ان يكون معينا مشارا اليه
واما ان يكون مسمى غير معين صحت تسميته سواء كان مما
يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات من العروض والعقار
والحيوان وسائر المكيلات والموزونات سوى الدراهم والدنانير
او كان مما لا يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير
لانه مال معلوم لا جهالة فيه الا انه ان كان مما يتعين بالتعيين
ليس للزوج ان يحبس العين ويدفع غيرها اليها من غير رضى
المراة لان المشار اليه قد تعين للعقد وتعلق حقها به فوجب
عليه تسليم عينه وان كان مما لا يتعين له ان يحبسه ويدفع
مثله جنسا ونوعا وقدرا وصفة لان التعيين اذا لم يصح صار بمنزلة
عن بيان الجنس والنوع والقدر والصفة وان كان ثيبا او بكرا ذهب
او فضة يجبر على تسليم عينه لانه يتعين بالتعيين كالعروض وان
كان مسمى غير معين فالمسمى اما ان يكون مجهول الجنس واما ان
يكون معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة فان كان مجهول الجنس
كالحيوان والدابة والثوب والدار بان تزوج امراة على حيوان او دابة

او

او ثوب او دار او نحو ذلك لم تصح التسمية وللمراة مهر مثلها بالغا ما بلغ
لان جهالة الجنس جهالة الجنس جهالة مفاحشة لان الحيوان
اسم جنس تحته انواع مختلفة وتحت كل نوع اشخاص مختلفة وكذا
الدابة وكذا الثوب لان اسم الثوب يقع على ثوب القطن والكتان والحرير
والخز والبز وتحت كل واحد من ذلك انواع كثيرة مختلفة وكذلك الدار
لانها تختلف في الصغر والكبر والبناء والتقطيع وتختلف قيمتها
باختلاف البلاد والمحال والشكل اختلافا فاحشا فتفاحشت الجهالة
فالتحقت بجهالة الجنس والاصل ان جهالة العوض تمنع صحة
تسميته كما في البيع والاجارة لكونها مفضية الى المنازعة الا انه تحمل
ضرب من الجهالة في المهر بالاجماع فان مهر المثل قد يجب في النكاح
الصحيح ومعلوم ان مهر المثل مجهول ضربا من الجهالة وكل جهالة
في المسمى مهرا مثل جهالة مهر المثل او اقل من ذلك يتحمل ولا تمنع
صحة التسمية اصلا لا لايجاب مهر المثل وكل جهالة تزيد على جهالة
مهر المثل يتم الامر فيها على الاصل فيمنع صحة التسمية كسائر
الاعراض اذا ثبت هذا فنقول لا شك ان جهالة الحيوان والدابة
والثوب والدار اكثر من جهالة مهر المثل لان بعد اعتبار تساوي
المراتين في المال والجمال والسن والعقل والدين والبلد والعصر
قيل التفاوت بينهما فتقل الجهالة فاما جهالة الجنس والنوع
مجهول الصفة كما اذا تزوجها على عبد او امة او فرس او جمل او
حمار او ثوب هروي او مروي صحت التسمية ولها الوسط من ذلك
وللزوج الخيار ان شاء اعطاها الوسط وان شاء اعطاها قيمته وهذا عندنا
وقال الشافعي لا تصح التسمية وجه قوله ان المسمى مجهول الوصف
فلا تصح تسميته كما في باب البيع وهذا لان جهالة الوصف تفضي
الى المنازعة كجهالة الجنس ثم جهالة تمنع صحة التسمية فكذا جهالة
الوصف ولنا ان النكاح معاوضة المال بما ليس بمال والحيوان الذي هو معلوم

الجنس والنوع بجهول الصفة يجوز ان يثبت دينا في الذمة بدلا عما
ليس بمال كما في الذمة قال النبي صلى الله عليه وسلم في النفس المؤمنة
مائة من الابل والبضع ليس بمال فجاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة
بدلا عنه ولان جهالة الوسط من هذه الاصناف مثل جهالة عين
المثل او اقل فتلك الجهالة لما لم تمنع صحة تسميته فكذا هذه الا انه
لا تصح تسميته فكذا هذه الا انه لا تصح تسميته ثمنا في البيع لان البيع
لا يحتمل جهالة البدل اصلا قلت او كثرت والنكاح يحتمل الجهالة
اليسيرة مثل جهالة عين المثل وانما كان كذلك لان مبنى البيع على
المضايقة والمماكسة فالجهالة فيه وان قلت تفضي الى المنازعة
ومبنى النكاح على المسامحة فتقدر جهالة عين المثل فيه لا تفضي
الى المنازعة وهو الفرق واما وجوب الوسط فلان الوسط هو
العدل لما فيه من مراعاة الجانبين لان الزوج يتضرر بايجاب الجيد
والمراة تتضرر بايجاب الردي فكان العدل في ايجاب الوسط و
هذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم خير الامور اوسطها والاصل
في اعتبار الوسط في هذا الباب ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن مواليها فنكاحها
باطل فان دخل بها فلها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط وكذلك
قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اري لها مثل نسائها لا وكس
ولا شطط والمعنى ما ذكرنا وثبوت الخيار بين الوسط وبين قيمته
فلان الحيوان لا تثبت دينا في ذمته ثبوتا مطلقا الا ترى انه لا يثبت
دينا في الذمة في معاوضة المال بالمال ولا يثبت في الذمة في ضمان
الاتلاف حتى لا يكون مضمونا بالمثل في الاستهلاك بل بالقيمة فحيث
انه يثبت في الذمة في الجملة قلنا بوجوب الوسط منه ومن حيث انه لا يثبت
ثبوتا مطلقا قلنا بثبوت الخيار بين تسليمه وتسليم قيمته عملا بما
لشبهين جميعا ولان الوسط لا يعرف الا بواسطة القيمة فكانت القيمة

اصلا

اصلا في الاستحقاق فكانت اصلا في التسليم واما ثبوت الخيار للزوج لا
للمراة فلانه المستحق عليه فكان الخيار له وكذلك ان تزوجها على بيت
وخادم فلها بيت وسط مما يجهز به النساء وهو بيت الثوب لا البيت الحبي
فينصرف الى فراش البيت في اهل الامصار وفي اهل البادية الى بيت
الشعر ولها خادم وسط لان المطلق من جهة الاصناف ينصرف
الى الوسط لان الوسط ولو وصف شيا من ذلك بان قال جيدا او وسط
او ردي فلها الموصوف ولو جاء بالقيمة تجبر على القبول لان القيمة
في الاصل الا تري انه لا تعرف الجيد والوسط والردي الا باعتبار القيمة
فكانت القيمة في المعرفة لهذه الصفات فكانت اصلا في الوجوب
فكانت اصلا في التسليم فاذا جاء بها تجبر على القبول فلو تزوجها
على وصيف ابيض لا شك انه تصح التسمية لانها تصح بدون الوصف
فاذا وصف اولى ولها الوصيف الجيد لان الابيض عندهم اسم للجيد
ثم الجيد عندهم هو الرومي والوسط السندي والردي الهندي
واما عندنا فالجيد هو التركي والوسط الرومي والردي الهندي
وقد قال ابو حنيفة رحمه الله قيمة الخادم الجيد خمسون دينارا
وقيمة الوسط اربعون وقيمة الردي ثلاثون وقيمة البيت
الوسط اربعون دينارا وقال ابو يوسف ومحمد ان زاد السمو او
نقص فبحسب الغلا والرخص وهذا ليس باختلاف في الحقيقة
فان زمن ابي حنيفة رحمه الله كانت القيم مستقرة وفي زمانهما تغيرت
القيم فاجاب كل على عرف زمانه والمعتبر في ذلك القيمة بلا خلاف ولو
تزوجها على بيت وخادم حتى وجب الوسط من كل واحد منهما ثم
صالحت من ذلك على اقل من قيمة الوسط ستين دينارا او سبعين دينارا
جاز الصلح لانها بعد الصلح اسقطت بعض حقها لان الواجب فيهما ثمانون
فاذا صالحت على اقل من ذلك فقد اسقطت البعض ومن له الحق اذا اسقط
بعض حقه واستوفى الباقي جاز وجوز ذلك بالكتاب والسنة لما ذكرنا ان

العبد الابيض هو الجيد

ان الصلح وقع على عين حقه باسقاط البعض فكان البائع عين الواجب فجاز

الصلح على الزايد من الحق غير جايز في الزايد

فيه التاجيل فان صالحت على مائة وينار فالفضل باطل لان المسمى اذا لم يكن مستقرا فالقيمة واجبة بالعقد ومن وجب له حق فصالح على اكثر من حقه لم يجز وان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة كما اذا تزوجها على مكيل موصوف او موزون موصوف سوي الدراهم والدنانير صحت التسمية لان المسمى مال معلوم لاجهالة فيه ثم الا تري انه يثبت دينا في الذمة ثبوتا مطلقا فانه يجوز البيع بدون التسليم فيه ويضمن بالمثل بخير الزوج على دفعه ولا يجوز دفع عوضه الا برضي المراة ولو تزوجها على مكيل او موزون ولم يصف صحت التسمية لانه مال معلوم للجنس والنوع فتصح تسميته فان شا الزوج اعطاها الوسط من ذلك وان شا اعطاها قيمته كذا ذكر الكرخي في جامعه وذكر الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر على تسليم الوسط وجه ما ذكره الكرخي ان القيمة اصل في ايجاب الوسط لان بها يعرف كونه وسطا فكان اصلا في التسليم كما في العبد وجه رواية الحسن ان الشرع لما اوجب الوسط فقد تعين الوسط بتعين الشرع فصار كما لو عينه بالتسمية ولو سمي الوسط يجبر على تسليمه كذا هذا بخلاف العبد فان هناك وان سمي الوسط ونص عليه لا يجبر على تسليمه فكذا اذا وجد الشرع والله اعلم واما الثياب فقد ذكر في الاصل انه اذا تزوجها على ثياب موصوفة انه بالخيار ان شا سلمها وان شا سلم قيمتها ولم يفصل بينما اذا سمي لها اجلا اولم يسم وقال ابو يوسف ان اجلها يجبر على دفعها وان لم يؤجلها فلها القيمة وروي عن ابي حنيفة انه يجبر على تسليمها من غير هذا التفصيل وهو قول زفر وجه ما ذكر في الاصل ان الثياب لا يثبت في الذمة ثبوتا مطلقا لانها ليست من ذوات الامثال الا تري انها مضمونة بالقيمة لا بالمثل في ضمان الغدوان ولا يثبت في الذمة بتسميتها في عقود المعاوضات

بل

٥٧

بل لو اسلمة الاجل فكانت كالعبد وهناك لا يجبر على دفع العبد وله ان يسلم القيمة هاهنا وابو يوسف يقول اذا اجلها فقد صارت بحيث يثبت في الذمة ثبوتا مطلقا الا تري انها تثبت في الذمة في السلم فيجب على الدفع كما في السلم بل اولى لان البدل في البيع لا يحتمل الجهالة اصلا والمهر في النكاح يحتمل ضربا من الجهالة فلما ثبت في الذمة في البيع فلان يثبت في النكاح اولى ووجه الرواية الاخرى لابي حنيفة ان امتناع ثبوتها في الذمة لكان الجهالة فاذا وصفت فقد زالت الجهالة فيصح ثبوتها في الذمة مهرا في النكاح يحتمل ضربا من الجهالة فلما ثبت في الذمة في البيع فلان يثبت في النكاح اولا ووجه الرواية الاخرى لابي حنيفة ان امتناع ثبوتها في الذمة لكان الجهالة فاذا وصفت فقد زالت الجهالة فيصح ثبوتها في الذمة مهرا في النكاح وانما يصح السلم فيها الى موجلا لان العلم بها يقف على التاجيل بل لان الشرع لم يشرع للسلم الا موجلا والاجل ليس بشرط في المهر فكان ثبوتها في المهر غير موجلة كثبوتها في السلم موجلة فيجبر على تسليمها ولو قال تزوجتك على هذا العبد او على هذا العبد او على الف او الفين فالتسمية فاسدة في قول ابي حنيفة ويحكم مهر مثلها فان كان مهر مثلها مثل الادون او اقل قلها الا دون الا ان يرضى الزوج بالارفع وان كان مهر مثلها مثل الارفع او اكثر قلها الارفع الا ان ترضى المراة بالادون وان كان مهر مثلها فوق الادون وما قل من الارفع فلها مهر مثلها وقال ابو يوسف ومحمد التسمية صحيحة ولها الادون على كل حال وجه قولهما ان المصير الى مهر المثل عند تعذر الحال المسمى والتعذر هاهنا لانه يمكن ايجاب الاقل لكونه متيقنا وفي الزيادة شك فيجب المتيقن به وصار كما اذا اعتق عبده على الف او الفين او خالع امراته على الف او الفين انه تصح التسمية ويجب الالف كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله انه جعل احد المهرا حد المذكورين غير عين لان كلمة او تتناول

احد المذكورين غير عين واحد منهما غير عين مجهول فكان المسمى مجهولا
وهذه الجهالة اكثر من جهالة مهر المثل الا ترى ان كلمة او تدخل بين
اقل الاشياء واكثرها فتمنع صحة التسمية فيحكم مهر المثل لانه الموجب
الاصلي في هذا الباب فلا يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولا صحة الا
بتعيين المسمى ولم يوجد فيجب مهر المثل الا انه لا ينقص عن المسمى
لان الزوج رضي بذلك القدر ولا يزاد على المرفع لرضي المرأة بذلك القدر
ولا يلزم علي هذا اذا تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد على ان
الزوج بالخيار في ان يدفع ايهما شاء وعلى ان المرأة بالخيار في ذلك تأخذ
ايهما شاءت انه تصح التسمية وان كان المسمى مجهولا لان تلك جهالة
يمكن رفعها الا ترى انها ترتفع باختيار من له الخيار وكانت الجهالة
وكانت كجهالة مهر المثل او اقل من ذلك فلا يمنع صحة التسمية وها هنا
لا سبيل الى ازالة هذه الجهالة لانه اذا لم يكن فيه خيار وكان لكل واحد منهما
ان يختار غير ما يختاره صاحبه فتحققت الجهالة فتمنع صحة التسمية
بخلاف الاعتاق والخلع لان ليس لهما موجب اصلي يصار اليه عند وقوع
الشك في المسمى فوجب المتيقن من المسمى لان ايجابه اولى من
الايقاع مجانا بلا عوض اصلا لعدم رضي المولى والزوج بذلك وفي ما نحن
فيه له موجب اصلي فلا يعدل عنه الا عند تعين المسمى ولا تعين مع الشك
باد خال كلمة الشك فالتحقت التسمية بالعدم فبقي الموجب الاصلي واجب
المصير اليه ولو تزوج امرأة على الف ان لم يكن لها امرأة وعلى الفين ان كان
لها امرأة او تزوجها على الف ان لم يخرجها من بلدها وعلى الفين ان اخرجها
من بلدها او تزوجها على الف ان كانت مولاة وعلى الفين ان كانت عربية
وما اشبه ذلك فلا شك ان النكاح جايز لان النكاح المؤبد الذي لا توقيت
فيه لا تبطله الشروط الفاسدة لما ذكرنا ان هذه الشروط لو اثرت لا اثرت
في المهر بفساد التسمية وفساد التسمية لا يكون فوق العدم ثم عدم التسمية
لا يوجب فساد النكاح ففسادها اولى واما المهر فالشرط الاول جايز

بالخلاف

٥٨

بلا خلاف فان وقع الوفاء به فلها ما سمي على ذلك الشرط وان لم يقع الوفاء
به فان كان على خلاف ذلك او فعل خلاف ما شرط لها فلها مهر مثلها لا ينقص
من الاقل ولا يزاد على الاكثر وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
الشرطان جايزان وقال زفر الشرطان فاسدان وهذه فرعة مسئلة
معروفة في الاجارات وهو ان يدفع رجل ثوبا الى الخياط فيقول
له ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم
وجه قول زفر ان كل واحد من الشرطين مخالف للاخر فاوجب ذلك
جهالة المستحق فلا يصح التسمية وجه قولهما ان المسمى معلوم
في الشرط الثاني كما هو معلوم في الشرط الاول فصحت التسميتان
كما اذا قال للخياط ان خطته روميا فله درهم وان خطته فارسيا
فله نصف درهم ولابي حنيفة ان الشرط الاول وقع صحيحا
بالاجماع وموجبه رد مهر المثل ان لم يقع الوفاء به فكانت التسمية
الاولى صحيحة فلو صح الشرط الثاني لكان نافيا موجب الشرط
الاول والتسمية الاولى بعد ما صحت لا يجوز نفي موجبها فبطل
الشرط الثاني ضرورة وقالوا ان ما شرط الزوج من طلاق وترك
المخروج من البلد لا يلزمه في الحكم لان ذلك وعد وعدا ما فلا يكلف
به وعلى هذا يخرج ما اذا تزوجها على المثل فيمنع صحة التسمية
ثم ان كان التزوج على حكم الزوج ينظر ان حكم بمهر مثلها او اكثر
فلها ذلك لانه رضي ببدل الزيادة وان حكم باقل من مهر مثلها فلها
مهر مثلها لم تجز الزيادة لان المستحق هو مهر المثل الا اذا رضي الزوج
بالزيادة وان كان التزوج على حكم اجنبي فان حكم بمهر المثل جاز
وان حكم باكثر من مهر المثل يتوقف على رضي الزوج وان حكم باقل
من مهر المثل يتوقف على رضي المرأة لان المستحق هو مهر المثل
والزوج لا يرضى بالزيادة والمرأة لا ترضى بالنقصان لذلك توقف
الامر في الزيادة والنقصان على رضاهما فان تزوجها على ما يكتب العام

او يرث فهذه تسمية فاسدة لان جهالة هذه اكثر من جهالة مهر
المثل وقد انضم الى الجهالة الخطر لانه قد يكسب وقد لا يكسب
ثم الجهالة بنفسها تمنع صحة التسمية فمع الخطر اولى ولو تزوج
امرأتين على صداق واحد بخلاف ما لو قال تزوجتكما على الف درهم
فقبلتا فالنكاح جايز لا شك فيه ويقسم الالف بينهما على قدر
مهر مثلهما لانه جعل الالف بدلا عن بضعيهما والبدل يقسم على
قدر قيمة المبدل والمبدل هو البضع فيقسم البدل على قدر قيمة
وقيمة مهر المثل كما لو اشترى عبدين بالف درهم انه يقسم الثمن
على قدر قيمتيهما كذا هذا وان قبلت احديهما ولم تقبل الاخرى لا
يجوز البيع اصلا والعرف الذي قال تزوجتكما فقد دخل تحت قول
كل واحدة منهما شرط لقبول الاخرى والنكاح لا يحتمل التعليق
بالشرط فكان ادخال الشرط فيه فاسدا والنكاح لا يفسد
بالشروط الفاسدة والبيع يفسد به واذا جاز النكاح يقسم
الالف على قدر مهر مثليهما فما اصاب حصة التي قبلت فلها ذلك
القدر والباقي يعود الى الزوج وان كانت احديهما ذات زوج او
في عدة من زوج او كانت ممن لا يحل له نكاحها فان جميع الالف
للتي صح نكاحها في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم
الالف على قدر مثليهما فما اصاب التي صح نكاحها فلها ذلك والباقي
يعود الى الزوج وجه قولهما ان جعل الالف مهرا لهما جميعا وكل
واحدة منهما محل صالح للنكاح حقيقة لكونها قابلة للمقاصد
المطلوبة منه حقيقة الا ان المحرمة منهما لا تزاحم صاحبتها
في الاستحقاق لخروجها من ان تكون محلا لذلك شرعا
مع قيام المحلية حقيقة فيجب الهما اثر المحلية للحقيقة في
الانقسام ولابي حنيفة ان المهر يقابل ما يستوفي بالوطي وهو
منافع البضع وهذا العقد في حق المحرمة لا يمكن من استيفاء المنافع

لخروجها

حصة المحرمة للزوج

تسمية المهر على السمسمة والربا

٥٩

لخروجها من ان تكون محلا للعقد شرعا والموجود الذي لا ينتفع به
والعدم الاصلي سواء فيجعل كل المهر مقابلا بالاجنبية كما اذا جمع بين
المرأة والاتان وقال تزوجتكما على الف درهم فان دخل الزوج بالتي
لم تسد نكاحها في قياس قول ابي حنيفة لما مهر مثلها بالغا ما
بلغ لانه لا يعتبر التسمية في حقها فالتحقت التسمية في حقها
بالعدم وفي قياس قول ابي يوسف ومحمد لما مهر مثلها لا يجاوز
حصتها من الالف لانهما يعتبران التسمية في حقهما في حق الانقسام
والله اعلم وعلى هذا يخرج تسمية المهر على السمسمة والربا انما
تصح اولا تصح وجملة الكلام فيه ان السمسمة الى المهر اما ان تكون
في قدر المهر واما ان تكون في جنسه فان كانت في قدر المهر بان تواضعا
في السر والباطن واتفقا على ان يكون المهر الف درهم لكنهما يظهران
في العقد الف دينار لامر حملهما على ذلك فان لم يقولا الا الف منهما سمسمة
فالمهر ما ذكراه في العلانية وذلك الف لان المهر ما يكون مذكورا
في العقد فاذا لم يجعلا الا الف منهما سمسمة صحت تسمية الالفين
وان قالا الف منهما سمسمة فالمهر ما ذكراه في السر وهو الف في
ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله وروي عن ابي حنيفة ان المهر ما المهراه وهو الالفان وجه
هذه الرواية ان المهر هو المذكور في العقد لانه اسم لما يملك به
البضع والذي يملك به البضع هو المذكور في العقد وانه يصلح ان
يكون مهرا لانه مال معلوم فتصح تسمية ويصير مهرا والتحقا
المواضعة السابقة وجه ظاهر الرواية انهما لما قالا الالف منهما
سمسمة فقد هزلا بذكر قدر الالف حيث لم يقصدا به مهرا والمهر مما
يدخله الجد والهزل فتسقط تسمية قدر الالف والتحقت بالعدم
فبقي العقد على الف وان كانت السمسمة في جنس المهر بان تواضعا
واتفقا في السر والباطن على ان يكون المهر الف درهم ولكنهما

يلزمهما ان في العقد مائة دينار فان لم يقولا ربا وسمعة فالمهر ما
تقاقدا عليه لما قلنا وان قالا ربا وسمعة وتقاقدا على ذلك فلها مهر
مثلها في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وروي عنه ان لها مهر المثل
مائة دينار وجه هذه الرواية على نحو ما ذكرنا ان المائة الدينار
هي المذكورة في العقد والمهر اسم للمذكور في العقد لما بينا فتعتبر المذكور
فقط ولا تعتبر المواضعة السابقة وجه ظاهر الرواية ان ما تواضعا
عليه فلم توجد التسمية فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم
يسم لها مهرا هذا الذي ذكرنا اذا لم يتفاقدا في السر والباطن
ولكنهما تواضعا وتواطئا في السر والباطن على ان يكون المهر
وقدرا وجنسا ثم تقاقدا على ما تواضعا واتفقا عليه فاما اذا
تقاقدا في السر على قدر من المهر وجنس منه ثم تواضعا واتفقا
في السر على ان يظهرا في عقد العلانية اكثر من ذلك او جنسا اخر فان
لم يذكرا في المواضعة السابقة ان ذلك سمعة فالمهر ما ذكراه في
العلانية في قول ابي حنيفة ومحمد ويكون ذلك زيادة على المهر
الاول سواء كان من جنسه او من خلاف جنسه فان كان من خلاف
جنسه فجميعه يكون زيادة على المهر الاول وان كان من جنسه
فقدر الزيادة على المهر الاول يكون زيادة وروي عن ابي يوسف
انه قال المهر مهر السر وجه قوله ان المهر ما يكون مذكورا في العقد
والعقد هو الاول لان النكاح لا يحتمل الفسخ والاقالة قائمة فيه
لا برفع الاول فلم يكن الثاني في عقد في الحقيقة فلا يعتبر المذكور
عنده فكان المهر هو المذكور في العقد الاول وجه قولهما انهما قصدا
شيئين استيناف العقد وزيادة في المهر واستيناف العقد لا يصح
لان النكاح لا يحتمل الفسخ والزيادة صحيحة فصار كانه زاد الف
اخرى او مائة دينار وان ذكرا في المواضعة السابقة ان الزيادة
او الجنس الاخر سمعة فالمهر هو المذكور في العقد الاول والمذكور

في العقد

في العقد الثاني لقولا انما هزلا به حيث جعلاه سمعة فالمهر هو
المذكور والهزل يعمل في المهر فيبطله والله اعلم

من شروط صحة التسمية

فصل ومنها ان يكون النكاح صحيحا فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد حتى لا
يلزم المسمى لان ذلك ليس بنكاح على الحقيقة لما ذكرنا الا انه اذا وجد
الدخول تجب مهر المثل لكن بالوطء لا بالعقد على ما نبينه في موضعه
ان شاء الله تعالى ولو تزوج امرأة على جارية بعينها واستثنى ما في
بطنها فلها الجارية وما في بطنها ذكره الكرخي والطحاوي من
غير خلاف لان تسمية الجارية مهرا قد صحت لانها معلومة واستثنا
ما في بطنها لم يصح لان الجنينين في حكم جزء من اجزائهما فاطلاق
العقد على الام بيننا وله واستثناؤه يكون بمنزلة شرط فاسد
والنكاح اذا استثنى فيه شرطا فاسدا فليغو الاستثنا ويلحق
بالعدم كانه لم يستثن اصلا وكذلك اذا وهب جارية واستثنى
ما في بطنها او خالع او صالح من دم العمد لان هذه التصرفات لا تبطلها
الشروط الفاسدة ولو تزوج امرأة على جارية فاستحقت او هلكت
قبل التسليم فلها قيمتها لان التسمية قد صحت لكون المسمى
مالا متقوما معلوما فانعقد العقد موجبا التسليم ولم يبطل فوات
التسليم بالاستحقاق والهلاك الا انه عجز عن تسليمها فيجب قيمتها
بخلاف البيع اذا هلك المبيع قبل التسليم الى المشتري انه لا يلزم
البائع قيمته وانما يسقط الثمن لا غير لان هلاك المبيع يوجب بطلان
البيع واذا بطل البيع لم يبق وجوب التسليم فلا تجب القيمة ثم تفسير
مهر المثل هو ان يعتبر مهرها بمهر مثل نسائها من اخواتها لابيها وامها
او لابيها وحدها او لامها وبنات اعمامها في بلدها وعصبتها على ما لها وجمال
وعقلها ودينها وحداثة سنها فلا بد من المماثلة بين المرأتين في
هذه الاشياء ليكون الواجب لها مهر مثل نسائها اذ لا يكون مهر المثل
بدون المماثلة بينهما ولا يعتبر مهرها وامها ولا مهر خالتها الآن

تفسير مهر المثل

لا تبطلها

تكون من قبيلتها من بنات اعمامها لان المهر يختلف لشرف النسب
والنسب من الآباء لا من الامهات فانما يحصل لها شرف النسب من
قبل اسمها وقبيلته لا من قبل امها وعشيرتها والله الموفق فصل
واما بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما
يتعلق بذلك من الاحكام فنقول وبالله التوفيق المهر يجب بالعقد
لانه احد احداث الملك والمهر يجب بمقابلة احداث الملك ولانه عقد معاوضة
وضعا وهو معاوضة البضع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبيع
سواء كان المهر معلوما في العقد او لم يكن عندنا وعند الشافعي
ان كان معلوما فكذلك وان لم يكن معلوما لا يجب بنفس العقد
وانما يجب بالفرض او بالدخول على ما ذكرنا فيما تقدم وفي
النكاح الفاسد يجب المهر لكن لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول
لعدم حدوث الملك قبل الدخول اصلا وعدم حدوثه بعد الدخول
مطلقا ولانعدام المعاوضة قبل الدخول راسا وانعدامها بعد الدخول
مطلقا لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ويجب عقيب العقد
بلا فصل لما ذكرنا انه يجب بإحداث الملك والملك يحدث عقيب العقد
بلا فصل لما ذكرنا انه يجب بإحداث الملك والملك يحدث عقيب العقد
بلا فصل ولان المعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين
في وقت واحد وقد ثبت الملك في احد العوضين وهو البضع عقيب
العقد فيثبت في العوض الاخر عقيبه تحقيقا للمعاوضة المطلقة
الا انه يجب بنفس العقد وجوبا موسعا وانما يتضيق عند مطالبة
البايع واذا طالبت المراة بالمهر يجب على الزوج تسليمه
اولا لان حق الزوج في المراة متعين وحق المراة في المهر لم
يتعين بالعقد وانما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم
عند المطالبة ليتعين كما في البيع ان المشتري يسلم الثمن اولا
ثم يسلم البايع المبيع الا ان الثمن في باب البيع اذا كان دينا يقدم

تسليمه

تسليم المهر على كل حال سواء كان دينا او عينا لان القبض والتسليم
هاهنا معا متعذر ولا تعذر في البيع واذا ثبت هذا فنقول
للمراة قبل دخول الزوج الا ان تمنع الزوج من الدخول حتى يعطيها
جميع المهر ثم تسلم نفسها وان كانت قد انتقلت الى بيت زوجها لما
ذكرنا ان بذلك يتعين حقها ويكون تسليما بتسليم ولان المهر عوض
عن بضعها كالثمن عوض المبيع وللبايع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن
فكان للمراة حق حبس المبيع لاستيفاء المهر فكان للمراة حق
حبس نفسها لاستيفاء المهر وليس للزوج منعها عن السفر والخروج
من منزله وزيارة اهلها قبل ايفاء المهر لان حق الحبس انما يثبت
باستيفاء المستحق فاذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل ايفاء المهر
لان حق الحبس لم يثبت للزوج حق الاستيفاء فلا يثبت له حق
الحبس واما اذا وفاها المهر فله ان يمنعها من ذلك كله الا من سفر
الحج اذا كانت عليها حجة الاسلام ووجدت محرما وله ان يدخل بها
لانه اذا اوفاها حقها ثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه
فان اعطاها المهر الا درهما واحدا فلها ان تمنع نفسها وان خرج
من مصرها حتى تاخذه لانه حق الحبس لا يتجزى فلا يبطل الا بتسليم
كل البدل كما في البيع ولو خرجت لم يكن للزوج ان يسترد منها
ما تبضت لانها قبضته بحق لكون المقبوض حقا لها والمقبوض بحق
لا يحتمل النقض هذا اذا كان المهر معجلا بان تزوجها على صداق
عاجل او كان مسكوتا عن التعجيل والتاجيل لان حكم المسكوت حكم
المعجل لان هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة من الجانبين والمراة
عينت حق الزوج فيجب ان يعين الزوج حقها وانما يتعين بالتسليم
فاما اذا كان موجلا بان تزوجها على مهر اجل فان لم يذكر الوقت لشيء
من المهر اصلا بان قال تزوجتك على الف درهم موجلة او ذكر وقتا
مجهولا جهالة متفاحشة بان قال تزوجتك على الف الى وقت الحصاد

او هبوب الريح او الى ان تمطر السما فكذلك لان التاجيل لم يصح
لتفاحش الجهالة فلم يثبت الاجل ولو قال نصفه معجل ونصفه
موجل كما جرت العادة في ديارنا ولم يذكر الوقت للموجل اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز الاجل ويجب حالا كما اذا قال تزوجتك
على الف موجلة وقال بعضهم يجوز ويقع ذلك على وقت وقوع الفرقة
بالموت او بالطلاق وروي عن ابي يوسف ما يؤيد هذا القول وهو
ان رجلا لو كفل لامراة عن زوجها نفقة كل شهر مادام النكاح بينهما
قائما فكذلك هاهنا وان ذكر وقتا معلوما للمهر فليس لها ان تمنع
نفسها في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اخيرا لها ان تمنع
نفسها سواء كان المدة قصيرة او طويلة لعدان كانت معلومة او مجهولة
جهالة متقاربة كجهالة الحصاد والدياس وجه قول ابي يوسف
ان من حكم المهر ان يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال
الا ترى انه لو كان معينا او غير معين وجب تقديمه فلما قبل
الزوج التاجيل كان ذلك رضى منه باخير حقه في القبض بخلاف البايع
اذا اجل الثمن انه ليس له ان يحبس المبيع ويبطل حقه في الحبس
بتاجيل الثمن لانه ليس من حكم الثمن تقدم تسليمه على تسليم
المبيع لامحالة الا ترى ان الثمن اذا كان عينا يسلما معا فلم يكن قبول
المشتري التاجيل رضى منه باسقاط حقه في القبض وجه قولهما
ان المراة بالتاجيل رضيت باسقاط حق نفسها فلا يسقط حق الزوج
كالبايع اذا اجل الثمن انه ليسقط حق حبس المبيع بخلاف ما اذا كان
التاجيل الى مدة مجهولة جهالة متفاحشة لان التاجيل لم يصح فلم
يثبت الاجل فبقي المهر حالا واما قوله من شان المهر ان يتقدم تسليمه
على تسليم النفس فنقول نعم اذا كان معجلا او مسكوتا عن الوقت واما
اذا كان موجلا تاجيلا صحيحا فمن حكمه ان يتاخر تسليمه على تسليم

النفس

النفس لان تقديم تسليمه ثبت حقا لها لانه ثبت تحقيقا للمعاوضة
المستفيد للمساواة حقا لها فاذا اجلته فقد اسقطت حق نفسها
فلا يسقط حق الزوج لانعدام الاسقاط منه والرضى بالسقوط لهذا
المعنى لسقط حق البايع في الحبس بتاجيل الثمن كذا هذا ولو كان بعضه
حالا وبعضه موجلا اجلا معلوما فله ان يدخل بها اذا اعطاها الحال
بالاجماع اما عندهما فلان الكل لو كان موجلا لكان له ان يدخل بها
فاذا كان البعض معجلا واعطاه ذلك اولى والعقد ما ذكرنا ان الزوج
ما رضي باسقاط حقه واما عند ابي يوسف فلانه لما عجل البعض
لم يرض بتاخر حقه عن القبض لانه لو رضي بذلك لم يكن لشرط التعجيل
فايدة بخلاف ما اذا كان الكل موجلا لانه لما قبل التاجيل فقد رضي
بتاخر حقه ولو لم يدخل بها حتى حل اجل الباقي فله ان يدخل بها
اذا اعطاها الحال لما قلنا ولو كان الكل موجلا اجلا معلوما وشرط
ان يدخل بها قبل ان يعطيها كله فله ذلك عند ابي يوسف ايضا
لانه لما شرط الدخول لم يرض بتاخر حقه في الاستمتاع واذا كان المهر
موجلا اجلا معلوما فحل الاجل ليس لها ان تمنع نفسها لتستوفي
المهر على اصل ابي حنيفة ومحمد لان حق الحبس قد سقط بالتاجيل
والساقط لا يعتمل العود كالثمن في البيع وعلى اصل ابي يوسف
لها ان تمنع نفسها لان لها ان تمنع قبل حلول الاجل فبعده اولى ولو كان
المهر حالا فاخرته سنة ليس لها ان تمنع عندها وعنده لها ذلك لان
هذا تاجيل طاري فكان حكمه حكم التاجيل المقارن وقد مر الكلام فيه
ولو دخل الزوج بها برضاها فليس لها ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر
ولها ان تمنعه ان يخرجها من بلدها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ليس لها ذلك وعلى هذا الخلاف اذا خلا بها وجه قولهما انها لما
لو طيء مرة واحدة او بالخلوة الصحيحة سلمت جميع المعقود عليه
برضاها وهي من اهل التسليم فيبطل حقها في المنع كالبايع اذا اسلم

المبيع ولا شك في الرضى واهلية التسليم والدليل على انها سلمت جميع
المعقود عليه ان المعقود عليه في هذا الباب في حكم العين ولهذا يتاكد
جميع المهر بالوطي مرة واحدة ومعلوم ان جميع البدل لا يتاكد بتسليم
بعض المعقود عليه وما يتكرر من الوطيات ملحق بالاستدامة فلا
يقابله شيء من المهر ولابي حنيفة ان المهر مقابل بجميع ما يستوفي
من منافع البضع عن بدل يقابله احترازا للبضع وابانة لخطره فكانه
هي بالمنع ممتنعة عن تسليم ما يقابله بدل فكان لها ذلك كالوطي في
المرة الاولى وكان الوطي في المرة الثانية والثالثة كالوطي في المرة
الاولى فكان لها ان تمنع عن الاول حتى تاخذ مهرها فكذا عن
الثاني والثالث الا ان المهر يتاكد بالوطي مرة لانه موجود معلوم
وما وراءه معدوم مجهول فلا يزاحمه في الانقسام ثم عند الوجود
يتعين ويعلم فيصير مزاحما فياخذ قسطا من البدل كالعبد
اذا جنى جنايتين يجب دفعه بهما فان جنى جناية اخرى فالثانية
تزاحم الاولى عند وجودها في وجوب الدفع بها وكذا الثالثة والرابعة
الى ما لا نهاية لها هي بخلاف البايع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن او بعد
ما قبض شيئا منه ثم اراد ان يسترده انه ليس له ذلك لانه سلم
كل المبيع فلا يملك الرجوع فيما سلم وها هنا ما سلمت كل المعقود عليه
بل البعض دون البعض لان المعقود عليه منافع البضع وما سلمت
كل المنافع بل بعضها دون بعض وهي بالمنع تمتنع عن تسليم ما
يحصل مسلما لو فكان لها ذلك كالبايع اذا سلم بعض المبيع قبل استيفاء
الثمن كان له حبس الباقي لتوفية الثمن كذا هذا وكان ابو القاسم الصفار
رحمه الله يفتي في منعها نفسها بقول ابي يوسف ومحمد وفي السفر
بقول ابي حنيفة ومحمد ولو ابقى المهر كان له ان ينقلها حيث شاء وعلى الفقيه
ابو جعفر الهندواني عن محمد بن سلمة انه كان يفتي ان بعد تسليم المهر

ليس

نقل الزوجة

٦٣

ليس لزوجها ان يسافر بها قال ابو يوسف ولو وجدت المراة المهر زيوفا
او ستوقا فردت او كان المقبوض عرضا استحقته من الزوج بالمهر فاستحق
بعد القبض وقد كان دخل بها فليس لها ان تمنع نفسها في جميع
ذلك وعلى اصلهما تستقيم لان من اصلهما ان التسليم من غير قبض المهر
يبطل حق المنع وهذا التسليم من غير قبض لان ذلك القبض بالرد
والاستحقاق انتقض والحق بالعدم وصار كانها لم تقبضه وقبل
القبض الجواب هكذا عندهما واما عند ابي حنيفة فينبغي ان يكون لها
ان تمنع نفسها ثم فرق ابو يوسف بين هذا وبين البيع انه اذا استحق
الثمن في يد البايع او وجده زيوفا او ستوقا فرده ان له ان يسترد المبيع
فيحبسه لان البايع بعد الاسترداد يمكنه الحبس على الوجه الذي كان
قبل ذلك وها هنا لا يمكن لانه استوفى بعض منافع البضع فلا يكون هذا
الحبس مثل الاول فلا يعود حقها في الحبس ومما يلحق بهذا الفصل
ان للمراة ان تاب مهرها للزوج دخل بها او لم يدخل لقوله تعالى
فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وليس لاحد من
اوليائها الاعتراض عليهما سواء كان ابا او غيره لانها وهبت خالص
ملكها وليس لاحد في عين المهر حق فيكون ويلزم بخلاف ما اذا وهبت
نفسها لان للاولياء حق الاعتراض في قول ابي حنيفة لان الامهار
حق الاولياء فقد تصرفت في خالص حقهم وانما لحقهم الضرر بالاولياء
بالحاق العار والشنار بهم فلهم رفع هذا الضرر بالاعتراض بالفسخ
وليس للاب ان يهب مهر بنته عند عامة العلماء وقال بعضهم له ذلك
وتمسكوا بقوله تعالى او يعفو الذي بيده عقدة النكاح والاب بيده
عقدة النكاح ولنا ان المهر ملك المراة وحقها لانه بدل بضعها وبضعها
حقها والدليل عليه قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اضاف
المهر اليهما فدل انه حقها وملكها وقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء
منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وقوله منه اي من الصداق لانه هو الكيف

هبة المهر

السابق اباح للازواج التناول من مهور النساء اذا طابت النفس بذلك
وكذلك علق الاباحة بطيبة النفس فدل ذلك كله على ان مهورهن ملكهن
وحقهن وليس لاحد ان يتملك الانسان بغير اذنه ولهذا لا يملك الولي
هبة عبده من اموالهما فكذا المهر وامّا الاية فقد قيل ان المراد من الذي
بيده عقدة النكاح هو الزوج كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو احدى
الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما ويجوز ان يحمل من ضرب الفا ويل
الى الولي على بيان نزول الاية على ما قبل ان حين النزول كانت المهور
للاولياء ودليل قول سعيد بن المسيب عليهما السلام اني اريد ان انكح
احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج شرط لنفسه لا لابنته
ثم نسخ بما تلونا من الاية وللمولى ان يبيع صداق امته ومدبرته وام
ولده من زوجها لان المهر ملكه وليس له ان يبيع مهر مكاتبته ولو
وهب لا يبرأ الزوج بل يرفعه الى المولى لان مهر المكاتبة لها لا للمولى لانه
من اكسابها وكسب المكاتب له لا لمولاه ويجوز الزيادة في المهر اذا
تراضيا والحط عنه اذا رضيت به لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم
من بعد الفريضة رفع الجناح فيما تراضيا به الزوجان بعد الفريضة
وهي التسمية وذلك هو الزيادة في المهر والحط عنه واحق ما تصرف
الاية اليه الزيادة لانه ذكر لفظة التراضي وانه يكون عن اثنين ورضى
المرأة كاف في الحط ولان الزيادة تلحق العقد ويصير كان العقد ورد على
الاصل والزيادة جميعا كالخيار في باب البيع والاجل فيه فان من اشترى
من آخر عبدا بمائة ثم ان احدهما جعل لصاحبه الخيار يوما
جاز ذلك حتى لو نقض البيع جاز نقضه ويصير ذلك كالخيار المشروط
في اصل البيع وكذا اذا اشتري عبدا بالف درهم حالة ثم ان البائع اجل
المشتري في الثمن شهرا جاز التاجيل ويصير كانه كان مسمى في
العقد كذا هاهنا ولا يثبت خيار الرؤية في المهر حتى لو تزوج امرأة
على عبد بعينه او جارية بعينها ولم تره ثم رآه ليس لها ان ترده

جواز الزيادة والنقص في المهر

ليس في المهر خيار الرؤية

بخيار

بخيار الرؤية لان النكاح لا ينفسخ برده فلو وردت لوجبت عليه //
بعد اخرى لثبت لها فيه خيار الرؤية فترده ثم ترجع عليه باخر فكلما الى
ما لا يتناهي فلم يكن الرد مفيدا لخلقه من العاقبة الحميدة فكان سدها
فلا يثبت لها حق الرد وكذلك هذا في الخلع والاعتاق على مال والصلح
عن دم العمد لما قلنا بخلاف البيع انه يثبت فيه خيار الرؤية
لان البيع ينفسخ برد المبيع ويرجع بالثمن فكان الرد مفيدا //

فلذلك افترقا وهل يثبت خيار العيب في المهر ينظر في ذلك ان كان خيار العيب في المهر
العيب يسيرا لا يثبت وان كان فاحشا يثبت وكذلك في بدل الخلع
والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد بخلاف البيع والاجارة وبدل
الصلح عن مال انه يرد بالعيب اليسير والفاحش لان هناك
ينفسخ العقد برده وهاهنا لا ينفسخ واذا لم ينفسخ ينقبض مثله
فربما حدث فيه عيبا يسيرا ايضا فان الاعيان لا تخلو عن قليل
عيب فترده ثم يقبض مثله فتؤدي الى ما لا يتناهي فلا يفيد الرد
وهذا المعنى لا يوجد في البيع والاجارة لانه ينفسخ العقد بالرد
فكان الرد مفيدا ولان حق الرد بالعيب انما يثبت استدراكا للفائت
وهو صفة السلامة المستحقة بالعقد والعيب اذا كان يسيرا لا يعرف
الفوات بيقين لان العيب اليسير يدخل تحت تقويم المتقومين
لا يخلو عنه ثمن من مقوم يقومه بدون العيب بالف ومن مقوم
يقومه مع العيب بالف ايضا فلا يعرف فوات صفة السلامة
بيقين فلا حاجة الى الاستدراك الى الرد بخلاف العيب الفاحش
لانه لا يخلو فيه المقومون فكان الفوات حاصلا بيقين فتقع الحاجة
الى استدراك الفائت بالرد الا ترى ان هذا المعنى الاخير يشكل بالبيع
واخواته فان العيب اليسير فيها يوجب حق الرد وان كان
هذا المعنى موجودا فيها والاصح هو الوجه الاول ولا شفعة
في المهر لان من شرائط ثبوت حق الشفعة معاوضة المال

لا شفعة في المهر
ح

المال بالمال نذكره في كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى والنكاح مع البضع بالمال فلا يثبت حق الشفعة والله اعلم

فصل

واما بيان ما يتاكد به كل المهر فالمهر يتاكد باحد معان ثلثة الدخول والخلوة الصحيحة وموت احد الزوجين سواء كان مسمى او مهر المثل حتى لا يسقط شيء منه بعد ذلك الا بالابراء من صاحب الحق اما التاكد بالدخول فمجمع عليه والوجه فيه ان المهر قد وجب بالعقد وصار دينا في ذمته والدخول لا يسقطه لانه استيفاء المعقود عليه واستيفاء المعقود يقرر البدل لا ان يسقطه كما في الاجارة ولان المهر يتاكد بتسليم المبدل من غير استيفاء به لما يذكر فلان يتاكد بالتسليم مع الاستيفاء اولى واما التاكد بالخلوة فعندهما وقال الشافعي لا يتاكد المهر بالخلوة حتى لو خلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية يجب كمال المسمى عندنا وعنده نصف المسمى وان لم يكن في النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل عندنا وعنده تجب عليه المتعة وعلى هذا الاختلاف وجوب العدة بعد الخلوة قبل الدخول عندنا يجب وعنده لا يجب واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم اوجب الله تعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لان المراد من المس هو الجماع ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها فمن اوجب كل المفروض فقد خالف النص وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة اي ولم تفرضوا فريضة اوجب المتعة في الطلاق في نكاح لا تسمية فيه مطلقا من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها الا فمتعوهن دلت الاية على نفي وجوب العدة ووجوب المتعة قبل الدخول

من

من غير فصل ولان تاكد المهر يتوقف على استيفاء المستحق بالعقد وهو منافع البضع واستيفاؤها بالوطء ولم يوجد ولا ضرر لها في التوقف لان الزوج لا يخلو اما ان يستوفي او يطلق فان استوفى يتاكد حقها وان طلق يفوت عليها نصف المهر لكن بعوض هو خير لها لان المعقود عليه يعود اليها سليما مع سلامة نصف المهر لها بخلاف الاجارة انه يتاكد الاجرة فيها بنفس التخلية ولا يتوقف التاكد على استيفاء المنافع لان في التوقف هناك ضررا بالاجر لان للاجارة مدة معلومة فمن الجائز ان يمتنع المستاجر من استيفاء المنافع لان في التوقف هناك ضررا بالاجر لان للاجارة مدة الاجارة بعد التخلية فلو توقف تاكد الاجرة على حقيقة الاستيفاء ربما لا يستوفي لغاية المنافع عليه مجانا بلا عوض فيتضرر به الاجر فاقيم التمكن من الانتفاع مقام استيفاء المنفعة دفعا للضرر عن الاجر وهنا لا ضرر في التوقف على ما بينا فيتوقف التاكد على حقيقة الاستيفاء ولم يوجد فلا يتاكد ولنا قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض يعني الزوج من اخذ شيء مما ساق من المهر عند الطلاق وابان عن معنى النهي بوجود الخلوة كذا قال الفراء ان الافضاء هو الخلوة وهذا اولى لم يدخل وما اخذ اللفظ دليل على ان المراد منه الخلوة الصحيحة لان الافضاء ما خوذ من الفضاء من الارض وهو الموضع الذي لا ساتر فيه ولا حاجز يمنع من ادراك ما فيه فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه وهي التي لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع عملا بمقتضى اللفظ فظاهر النص يقتضي ان لا يسقط شيء منه بالطلاق الا ان سقوط النصف بالطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة في نكاح فيه تسمية واقامة المتعة مقام نصف مهر المثل في نكاح لا تسمية فيه ثبت بدليل اخر فبقي حال ما بعد الخلوة على ظاهر النص

الافضا

وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كشف خمار
امراته وجب الصداق دخل بها اولم يدخل وهذا نص في الباب
وروي عن زرارة ابن ابي اوفى انه قال قضى الخلفا الراشدون
المهديون انه اذا ارخى الستر واغلق الباب فلها الصداق كاملا
وعليها العدة دخل بها اولم يدخل وعلى الطحاوي في هذه المسئلة
اجماع الصحابة من الخلفا الراشدين وغيرهم رضي الله عنهم
ولان المهر قد وجب بنفس العقد اما في نكاح فيه تسمية فلا شك
فيه واما في نكاح لا تسمية فيه فلما ذكرنا في مسئلة المفوضة
الا ان الوجوب بنفس العقد ثبت موسعا وتضيقه عند المطالبة
والدين المضيق واجب القضا قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين
مقضي ولان المهر متى صار مملوكا لها بنفس العقد فالملك الثابت
لا يجوز ان يزول الا بازالة المالك او بعجزه عن الانتفاع بالمملوك
حقيقة اما المعنى يرجع الى المالك او لمعنى يرجع الى المحل ولم
يوجد شئ من ذلك فلا يزول الا ان عند الطلاق قبل الدخول اسقط
النصف باسقاط الشرع غير معقول المعنى لا بالطلاق لان الطلاق
فعل الزوج والمهر ملكها والانسان لا يملك اسقاط حق الغير عن
نفسه ولانا سلمنا المبدل ان المبدل هو ما يستوفى بالوطي وهو
المنافع الا ان المنافع قبل الاستيفا معدومة فلا يتصور تسليمها
لكن لها محل موجود وهو العين وانها متصور التسليم حقيقة
فيقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة كما في الاجارة وقد تسلم
المحل لان التسليم هو جعل الشئ سالما للمسلم اليه وذلك برفع الموانع
وقد وجد لان الكلام في الخلوة الصحيحة وهي عبارة عن التمكن
من الانتفاع ولا يتحقق التمكن الا بعد ارتفاع الموانع كلها فثبت
انه وجد منهما تسليم المبدل فيجب على الزوج تسليم البدل
لان هذا عقد معاوضة وانها تقتضي تسليما بان التسليم كما

تفسير التسليم

يقتضي

يقتضي ملكا بازا ملك تحقيقا لحكم المعاوضة كما في البيع والاجارة ٦٦
واما الاية فقد قال بعض اهل التاويل ان المراد من المسيس هو الخلوة
فلا يكون حجة على ان فيهما ايجاب نصف المهر وض لا اسقاط النصف الباقي
الا ترى ان من كان في يده عبد فقال نصف هذا العبد لفلان لا يكون ذلك
تسليما للنصف الباقي فكان حكم النصف الباقي مسكوتا عنه فيقف على قيام
الدليل وقد قام الدليل على التمام وهو ما ذكرنا فيبقى واما قوله التاكد
انما يثبت باستيفا المستحق بتمنوع بل كل ما يثبت باستيفا المستحق
كما في الاجارة وتسليمه بتسليم محله وقد حصل ذلك بالخلوة
الصحيحة على ما بينا ثم تفسير الخلوة الصحيحة هي ان لا يكون لها
مانع من الوطي لا حقيقي ولا شرعي ولا طبعي واما المانع الحقيقي
فنحو ان يكون احدهما مريضا مرضا يمنع الجماع او صغيرا لا يجامع
مثله او صغيرة لا يجامع مثلها او كانت المراة رتقا او قرنا لان الرتق
والقرن يمنعان الوطي ويصح ان كان الزوج عنينا او خصيا
لان العنة والخصا لا يمنعان الوطي فكانت خلوتهما كخلوة غيرهما
وتصح خلوة المجبوب في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا تصح وجه قولهما ان الجب يمنع من الوطي فيمنع صحة الخلوة كالرتق
والقرن ولابي حنيفة انه يتصور منهم السحق والايلاد بهذا الطريق
الا ترى لو جاءت امراته بولد ثبت النسب منه بالاجماع واستحقت
كمال المهر لو طلقها وان لم يوجد منه الوطي المطلق فيتصور وجوده
ارتفاع المانع من وطي مثله فتصح خلوته وعليها العدة اما عنده
فلا اشكال لان الخلوة اذا صحت اقيمت مقام الوطي في حق تاكد المهر
بقي حق العدة اولى لانه يحتاط في ايجابها واما عندهما فقد ذكر الكرخي
ان عليها العدة عندهما ايضا وقال ابو يوسف ان كان المجبوب يتزل
فعليها العدة لان المجبوب قد يقذف بالماء فيصل الى الرحم ويثبت
نسب ولده فتجب العدة احتياطا فان جاءت بولد ما بينهما وبين سنين

تفسير الخلوة الصحيحة

لزمه ووجب لها جميع الصداق لان للحكم يثبات السبب يكون حكما
بالدخول فيتاكد المهر على قولهما ايضا وان كان لا يتزل فلا عدة عليهما
فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه والا فلا يثبت كما
لو طلقها قبل الدخول وكالمعتدة اذا اقرت بانقضاء العدة ثم اتت
بولد واما المانع الشرعي فهو ان يكون احدهما صائما صوم رمضان
او محرما بحجة فريضة او غير فريضة او بعمرة او تكون المراة
حايضا او نفسا لان ذلك محرم للوطي فكان مانعا من الوطي
شرعا والحيض والنفاس يمنعان منه طبعا ايضا لانهما اذى و
الطبع السليم ينفر عن استعمال الاذى واما في غير صوم رمضان
فقد روي بشر عن ابي يوسف ان صوم التطوع وقضاء رمضان
والكفارات والنذور لا يمنع صحة الخلوة وذكر الحاكم الجليل في
مختصره ان نفل الصوم كفرضه فصار في المسئلة روايتان
وجه رواية المختصر ان صوم التطوع محرم الفطر من غير عذر
فصار كحج التطوع وذا يمنع صحة الخلوة كذا هذا وجه رواية
بشر ان صوم غير رمضان مضمون بالقضاء لا غير فلم يكن
قويا في معنى المنع بخلاف صوم رمضان فانه يجب القضاء به
والكفارة وكذا حج التطوع وهو المانع ووجه اخر من الفرق بين
صوم التطوع وبين صوم رمضان ان تحريم الفطر في صوم التطوع
من غير عذر غير متاكد بد لكونه محل الاجتهاد وكذا لزوم القضاء
بالافطار فكان مانعا بيقين واما المانع الطبعي فيجوز ان يكون
مهما ثالث لان الانسان يكره ان يجامع امراته بحضرة ثالث
ويستحي فينقبض عن الوطي بمشهد منه وسواء كان الثالث
بصيرا او اعمى يقظانا او نائما او صبيا بعد ان كان عاقلا
رجلا او امراة اجنبية او منكوحة لان الاعمى ان كان لا يبصر فيحس
والنايم يحتمل ان يستيقظ ساعة بعد ساعة فينقبض الانسان

عن الوطي مع حضوره والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الانسان
منه كما يحتشم من الرجل واذا لم يكن عاقلا فهو ملحق بالبهايم لا يمتنع
الانسان عن الوطي لمكانه ولا يلتفت اليه والانسان يحتشم من المراة
الاجنبية وتستحي وكذا الاجل لما النظر اليهما فينقبضان
لمكانهما واذا كان هناك منكوحة له اخرى او تزوج امراتين فخلا
بهما فلا اجل لما النظر اليهما فينقبض منهما وقد قالوا الا اجل
للرجل ان يجامع امراته بمشهد امراة له اخرى ولو كان الثالث جارية
له فقد روي ان محمدا رحمه الله كان يقول اولا تصح خلوته ثم رجع
وقال لا تصح قوله الاول ان الامة ليست لها حرمة الحرة فلا
يحتشم المولى منها وكذا يجوز لها النظر اليه فلا تمتنع عن الوطي
وجه قوله الاخير ان الامة ان كان يجوز لها النظر اليه لا يجوز لها
النظر اليهما فتنقبض المراة لذلك وكذا قالوا لا اجل له الوطي بمشهد
منها كما لا اجل بمشهد امراته الاخرى ولا خلوة في المسجد والطريق
والصحرا وعلى سطح لا حجاب عليه لان المسجد مجمع الناس للصلاة
لا يومن من الدخول عليه ساعة بعد ساعة وكذا الوطي في المسجد حرام
قال الله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد والطريق
ممر الانسان لا يخلو عنهم عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع
من الوطي وكذا الصحرا والسطح من غير حجاب لان الانسان ينقبض
عن الوطي في مثله لاحتمال ان يحصل هناك ثالث او ينظر اليه
احد معلوم ذلك بالعادة ولو خلا بها في محمله او قبة فارخى الستر
عليه فهو خلوة صحيحة لان ذلك في معنى البيت ولا خلوة في النكاح
الفاسد لان الوطي فيه حرام فكان المانع الشرعي قايما ولان الخلوة
مما يتاكد به المهر وتاكده بعد وجوبه يكون ولا يجب بالنكاح الفاسد
شئ فلا يتصور التاكيد والله اعلم ثم في كل موضع صحت الخلوة وتاكد
المهر وجبت العدة لان الخلوة الصحيحة لما اوجبت كمال المهر فلان توجب

العدة اولى لان المهر خالص حق العبد وفي العدة حق الله تعالى
فيحتاط فيها وفي كل موضع فسدت الخلوة لا يجب كمال المهر وهل
تجب العدة يذكر في ذلك ان كان الفساد مانع حقيقي لا يجب لانه
لا يتصور الوطي مع وجود المانع الحقيقي منه وان كان المانع شرعي
او طبعي يجب لان الوطي مع وجود هذا النوع من المانع ممكن
فيتهمان في الوطي فتجب العدة عند الطلاق احتياطا والله
الموفق واما التأكد بموت احد الزوجين فمتفق لا خلاف في
ان احد الزوجين اذا مات حتف انفه قبل الدخول في نكاح
فيه تسمية انه يتأكد المسمى سواء كانت المرأة حرة او امة لان
المهر كان واجبا بالعقد والعقد لم ينسخ بالموت بل استقر
نهائيا لانه عقد يعقد للعمر فينتهي نهائيا عند انتهاء
العمر واذا استقر تأكد فيما مضى وتقرر بمنزلة الصوم يتقرر
بمضي الليل فيتقرر الواجب ولان كل المهر لما وجب بنفس
العقد صار دينا عليه والموت لم يعرف مسقطا للديون في اصول
الشرع فلا يسقط شيء بالموت كسائر الديون وكذلك اذا قتل
احدهما سواء قتله اجنبي او قتل احدهما صاحبه او قتل الزوج
نفسه فاما اذا قتلت المرأة نفسها فان كانت حرة لا يسقط عن
الزوج شيء من المهر بل يتأكد الكل عليه عندنا وعند زفر و
الشافعي يسقط المهر وجه قولهما انها بالقتل فوتت على الزوج
حقه في البدل فيسقط حقها عن البدل كما اذا ارتدت قبل الدخول
او قبلت ابن زوجها او اباه ولنا ان القتل انما يصير تفويتا عند
خوف الزوج لانه انما يتم قتلا عند ذلك والمهر في تلك الحالة
ملك الورثة فلا يحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها زوجها
او اجنبي بخلاف الردة والفعل لان المهر وقت التقبيل والردة كان
ملكها فاحتمل السقوط بفعلها وان كانت امة فقتلها مولاها سقط

وقت ملك الورثة

مهرها ٤ قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يسقط بل
يتأكد وجه قولهما ان الموت موكد للمهر وقد وجد الموت لان المقتول
ميت بأجله فتأكد بالموت كما اذا قتلها اجنبي او قتلها زوجها وهو
حرة اذا قتلت نفسها ولان الموت انما أكد المهر لانه ينتهي به النكاح
والشيء اذا انتهى نهائيا تقرر وهذا المعنى موجود في القتل لانه
ينتهي به النكاح فيتقرر به وتقرر البدل يوجب تقرر البدل
ولابي حنيفة رحمه الله ان من له البدل فوت المبدل على صاحبه
وتفويت المبدل على صاحبه ممن يستحق البدل كالبائع اذا
اتلف المبيع قبل القبض انه يسقط الثمن لما قلنا كذا هذا ولا
شك انه وجد تفويت المبدل ممن يستحق البدل لان المستحق للبدل
هو المولى وقد اخرج المبدل عن كونه مملوكا للزوج والدليل على ان
هذا يوجب سقوط البدل ان الزوج لا يرضى بملك البدل اليه بعد
فوات المبدل عن ملكه فكان ابقاء البدل عليه بعد ازالة المبدل عن
ملكه اضرارا به والاصل في الضرر ان لا يكون فكان اقدام المولى على
تفويت المبدل عن ملك الزوج والحالة هذه اسقاطا للبدل دلالة
كما لو اسقطه نصا بالابراء بخلاف الحرة اذا قتلت نفسها لانها وقت
فوات البدل لم تكن مستحقة للبدل لانتقاله للورثة على ما بينا
والانسان لا يملك اسقاط حق غيره وهاهنا بخلافه لان المهر وقت
فوات البدل على الزوج ملك المولى وحقه والانسان يملك التصرف
في نفسه استيفاء واسقاطا فكان محتملا للسقوط بتفويت المبدل
دلالة كما كان محتملا للسقوط بالاسقاط نصا بالابراء وهو الجواب
عما اذا قتلها زوجها او اجنبي لانه لا حق للاجنبي ولا للزوج
في مهرها فلا يحتمل السقوط باسقاطهما لعدم احتمال السقوط
باسقاطهما فكيف يحتمل السقوط من طريق الدلالة والدليل على
الفرق بين هذه الفصول ان قتل الحرة نفسها لا يتعلق به حكم

من احكام الدنيا فصار كموتها حتى انها حتى قال ابو حنيفة ومحمد
انها تغسل ويصلي عليها كما لو ماتت حتف انفها وقتل الولي
امة يتعلق به وجوب الكفارة وقتل الاجنبي اياها يتعلق به
وجوب القصاص ان كان عمدا والدية والكفارة ان كان خطا
فلم تكن قتلها بمنزلة الموت هذا اذا قتلها المولى فاما اذا قتلت
نفسها فعن ابي حنيفة روايتان روى ابو يوسف عنه انه لا
عمر لها وروى محمد عنه ان لها المهر وهو قولهما وجه الرواية
الاولى ان قتلها نفسها بمنزلة قتل المولى اياها بدليل ان جنايتها
كجنايته في باب الضمان لانها مضمونة بمال المولى ولو قتلها المولى
يسقط المهر عنده فكذا اذا قتلت نفسها وجه الرواية الاخرى
ان البدل حق المولى وملكه فتفويته المبدل منها لا يوجب بطلان حق
المولى بخلاف جناية المولى والدليل على التفرقة بين الجانبين
ان جنايتها على نفسها هدر بدليل انه لا يتعلق بها حكم من
احكام الدنيا فالتحقت بالعدم وصار كانها ماتت حتف انفها
بخلاف جناية المولى عليها فانها مضمونة بالكفارة وهو من
احكام الدنيا فكانت جنايته عليها معتبرة فلا تجعل بمنزلة الموت
والله الموفق واذا تاكد المهر باحد المعاني التي ذكرناها لا
يسقط بعد ذلك وان كانت الفرقة من قبلها لان البدل بعد تا
كده لا يحتمل السقوط الا بالابراء كالثمن اذا تاكد بقبض المبيع واما
اذا مات احد الزوجين في نكاح لا تسمية فيه فانه يتاكد بمهر المثل
عند اصحابنا وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعن
علي رضي الله عنه ان لها المتعة وبه اخذ الشافعي في الاظهر قال
ما استحقت من الميراث لا غير احتج من قال بوجوب المتعة بقوله تعالى
لا جناح عليكم ان طلقتم النسا الاية قوله ومتعوهن وقوله يا ايها
الذين امنوا اذا نكحتم المومنات الاية قوله فمتعوهن امر بالمتعة

من

من غير فصل بين حال الموت وغيرها والنص وان ورد في الطلاق لكنه
يكون واردا في الموت الا ترى ان النص ورد في صريح الطلاق ثم
ثبت حكمه في الكنايات من الابانة والتسريح والتحريم وغير ذلك
كهذا هذا ولنا ما روينا عن معقل بن سنان ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم وجب كل المسمى بعد موت احد الزوجين في نكاح
فيه تسمية موجود في نكاح لا تسمية فيه وهو ما ذكرنا فيما
تقدم ولان حجتهم في الاية لان فيها ايجاب المتعة في الطلاق لا في
الموت ومن ادعى الحاق الموت بالطلاق فالامر له من دليل اخر
والله الموفق **فصل** واما بيان ما يسقط به كل المهر فالمهر
كله يسقط باسباب اربعة منها الفرقة بغير طلاق قبل الدخول
بالمراة وقبل الخلوة بها بكل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول
بالمراة وقبل الخلوة يسقط جميع المهر سواء كانت من قبل المراة او
من قبل الرجل وانما كان كذلك لان الفرقة بغير طلاق تكون فسخا
للعقد وفسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر لان فسخ
العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن وسنبين الفرقة التي
تكون بغير طلاق والتي تكون بطلاق في موضعهما ان شاء الله و
منها الابراء عن كل المهر قبل الدخول وبعده اذا كان المهر دينا لان
المهر قبل الدخول وبعده ثم ان كان المهر غير مقبوض سقط عن
الزوج وان كان مقبوضا رد ته على الزوج وان حالها على مال
سوى المهر يلزمها ذلك ويبرا الزوج عن كل حق وجب لها عليه
بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية في قول ابي حنيفة رحمه الله لان
الخلع وان كان طلاقا بعوض عندنا لكن فيه معنى البراءة لما نذكره في
مسئلة المخالعة والمبارأة في كتاب الطلاق في بيان حكم الخلع
وعلمه ان شاء الله ومنها هبة كل المهر قبل القبض عينا كان او دينا
وبعده اذا كان عينا وجملة الكلام في هبة المهر ان المهر لا يخلو اما

ان يكون عينا وهو ان يكون معينا مشارا اليه مما يصح تعيينه واما ان
يكون دينا وهو ان يكون في الذمة كالدراهم والدنانير معينة كانت
او غير معينة والمكيلات والموزونات في الذمة والحيوان في الذمة
كالعبد والفرس والعروض في الذمة كالثوب الهروي فالحال
لا يخلو اما ان يكون قبل القبض واما ان يكون بعد القبض
وهبت كل المهر او بعضه فان وهبت كل المهر قبل القبض ثم طلقها
قبل الدخول بها فلا شيء له عليها سواء كان المهر عينا او دينا في
قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع عليها بنصف المهر ان كان
دينا وبه اخذ الشافعي وجه قول زفر انها بالهبة تصرفت في
المهر بالاسقاط واسقاط الدين استهلاك والاستهلاك يتضمن
القبض فصار كأنها قبضت ثم وهبت ولنا ان الذي يستحقه
الزوج بالطلاق قبل الدخول عاد اليه من جهتها لسبب لا يوجب
الضمان لانه يستحق نصف المهر وقد عاد اليه بالهبة والهبة
لا توجب الضمان فلا يكون له حق الرجوع عليها بالنصف
كالنصف الاخر وان وهبت بعد القبض فان كان الموهوب عينا
فقبضته ثم وهبته منه لم يرجع عليها بشيء لان ما يستحقه بالطلاق
قبل الدخول هو نصف الموهوب بعينه وقد رجع اليه بعقد لا يوجب
الضمان فلم يكن له الرجوع عليها وان كان دينا في الذمة فان كان
حيوانا او عرضا فكذلك لا يرجع عليها بشيء لان الذي يستحقه
بالطلاق قبل الدخول نصف ذلك الشيء بعينه من العبد والثوب
فصار كأنه تعين بالعقد وان كان دراهم او دنانير معينة او غير
معينة او مكيلا او موزونا سوى الدراهم والدنانير فقبضته ثم
وهبته منه ثم طلقها يرجع عليها بمثل نصف الحنطة كذا وكذا
رطلا في الدراهم والدنانير اذا كانت معينة فقبضتها ثم وهبتها ثم طلقها
انه لا رجوع للزوج عليها بشيء بناء على ان الدراهم والدنانير عنده تتعين

بالعقد

بالعقد فتتعين بالنسخ ايضا كالعروض وعندنا لا تتعين بالعقد
فلا تتعين بالنسخ وتذكر المسئلة في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى
وكذلك اذا كان المهر دينا فقبضت الكل ثم وهبت النصف فللزوج
ان يرجع عليها بنصف المقبوض لان له ان يرجع عليها اذا وهبت
الكل ثم طلقها قبل الدخول بها فان ابا حنيفة لا يرجع الزوج
عليها بشيء وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليها بربع المهر وجه
قولهما ان المستحق للزوج بالطلاق قبل الدخول نصف المهر
فاذا قبضت النصف وهبت النصف فقد استحق النصف مشاعا
فيما في ذمته وفيما قبضت فكان نصف النصف وهو ربع الكل
في ذمته ونصف في النصف فيما قبضت الا ترى انها اذا لم تكن وهبته
حتى طلقها لم يرجع عليها بشيء لانه صار لها في ذمته قصاصا بما له
عليها فاذا وهبت الذي حق نصف ما في يدها وهو الربع فيرجع
عليها بذلك ولابي حنيفة ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق
قبل الدخول ما في ذمته بدليل انها لو لم تكن وهبت وطلقها
لا يرجع بشيء وقد عاد اليه ما كان في ذمته بسبب لا يوجب الضمان
وهو الهبة فلا يكون له الرجوع بشيء ولو كان المهر جارية فولدت
بعد القبض او جبي عليها حتى وجب الارش او كان شجرة فاثمرت
او رود خلة عيب ثم وهبته منه ثم طلقها قبل الدخول عاد رجع عليها
بنصف القيمة لان حق الزوج ينقطع عن العين بهذه العوارض بدليل
انه لا يجوز له اخذها مع الزيادة واذا كان حقه منقطعا عنها لم يعد
اليه بالهبة ما استحقه بالطلاق فكان له ان يضمنها واذا حدث به
عيب فالحق وان لم ينقطع عن العين به لكن يجوز له تركه مع العيب فلم
يكن له الحق متعلقا بالعين على سبيل اللزوم ولم يكن الواصل الى
الزوج عين ما يستحقه بالطلاق ولو كانت الزيادة في يدها
فوهبتها له ثم طلقها كان له ان يضمنها في قول ابي حنيفة وابي

لوسف خلافا لمحمد بنا على ان الزيادة المتصلة بمنع النصف عندهما
وعنده لا يمنع ولو باعته المهر او وهبته على عوض يرجع عليهما بمثل
نصفه فيما له مثل وبنصف القيمة فيما لا مثل له لان المهر عاد الى
الزوج بسبب يتعلق به الضمان فوجب له الرجوع ضمنها كما
لو باعته من اجنبي ثم اشتراه الزوج من الاجنبي ثم ان كانت باعت
قبل القبض فعليها نصف القيمة يوم البيع لانه دخل في ضمانها
بالبيع وان كانت قبضت ثم باعت فعليها نصف القيمة يوم القبض
لانه دخل في ضمانها بالقبض والله اعلم **فصل** واما بيان
ما يسقط به نصف المهر فما يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة
اما النوع الاول فنحو الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية للمهر
والمهر دين لم يقبض بعد وجملة الكلام فيه ان الطلاق قبل الدخول
في نكاح فيه تسمية قد يسقط عن الزوج نصف المهر وقد يعود اليه
النصف وقد يكون له مثل النصف صورة ومعنى او معنى لا صورة
وبيان هذه الجملة ان المهر المسمى اما ان يكون دينا واما ان يكون عينا
وكل ذلك لا يخلوا اما ان يكون مقبوضا واما ان يكون غير مقبوض
فان كان دينا ولم تقبضه حتى طلقها قبل الدخول بها سقط نصف
المسمى بالطلاق وبقي النصف هذا طريقة عامة المشايخ وقالوا
لجهتهم ان الطلاق قبل الدخول يسقط جميع المسمى وانما يجب
نصف اخر ابتداء على طريق المتعة لانا لا نعقد الآن هذه المتعة عقد
بنصف المسمى والمتعة في الطلاق قبل الدخول في نكاح لا
تسمية فيه غير معقدة بنصف مهر المثل الى هذا الطريق ذهب
الكرخي والرازي وكذا روي عن ابراهيم النخعي انه قال في
الذي طلق قبل الدخول وقد سمي نصف المهر ان ذلك متعتها
احتجوا بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات
الى قوله فمتعوهن اوجب المتعة في الطلاق قبل الدخول من غير

فصل

فصل بينهما اذا كان في النكاح تسمية اولم يكن الآن هذه المتعة قدرت
بنصف المسمى بدليل اخر وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم
ولان النكاح انفسخ بالطلاق قبل الدخول لان المعقود عليه عاد
سليما الى المراة وسلامة المبدل لاحد المعاقدين يقتضي سلامة
البدل للاخر كما في الاقالة في باب البيع قبل القبض وهذا لان
البدل اذا عاد سليما الى المراة فلو لم يسلم البدل للزوج لاجتمع
البدل والمبدل في ملك واحد في عقد المعاوضة وهذا لا يجوز لهذا
المعنى سقط الثمن عن المشتري بالاقالة قبل القبض كذا المهر
وعامة المشايخ قالوا له تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن
وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم اوجب نصف المفروض
فاوجب نصف اخر على طريق المتعة اجاب ما ليس بمفروض
خلاف النص ولان الطلاق تصرف في الملك بالابطال وضعا لانه
موضوع لرفع القيد وهو الملك فكان تصرفا في الملك ثم اذا ابطل الملك
لا يبقى النكاح في المستقبل وينتهي لعدم فايدة البقاء ويتقرر نصف
المسمى بمنزلة الاعتاق انه اسقاط للملك فيكون تصرفا في الملك
ثم السبب يبقى في المستقبل لعدم فايدة البقاء ويتقرر فيجاب هذا كذا الطلاق
كان ينبغي ان لا يسقط شيء من المهر كما لا يسقط بالموت الا ان سقوط النصف
ثبت بدليل ولان المهر يجب باحداث ملك المتعة حيرا للذل بالقدر الممكن
والطلاق لا يتبين ان الملك لم يكن الا انه سقط النصف بالنص واما النص
فقد قيل انه منسوخ بالنص الذي في سورة البقرة وهو قوله وان طلقتموهن
الاية او حمل الامر بالتمتيع على الندب والاستحباب او حمل على الطلاق
في نكاح لا تسمية فيه عملا بالدليلين وقولهم الطلاق تصح للنكاح
ممنوع بل هو تصرف في الملك بالقطع والابطال فيظهر اثره في المستقبل
كالاعتاق وبه تبين ان المعقود عليه هو ملك المتعة وانه لا يعود الى
المراة قبل سقوط ملك الزوج عن المتعة بالطلاق وتصير لها في المستقبل

الا ان يعود او يختار ان الطلاق قبل الدخول يشبه الفسخ بما قلنا
ويشبه الابطال لما قلنا ان شبه الفسخ يقتضي سقوط كل البدل كما في الاقالة
قبل القبض وشبه الابطال يقتضي ان لا يسقط شيء من البدل
كما في الاعتاق قبل القبض فيتنصف توفيرا للحكم على الشبهين
وعملا بهما بقدر الامكان والدليل على صحة هذا الطريق ما
ذكرنا القول من اصحابنا فيمن تزوج امرأة على خمس من الابل
السائمة وسلمها الى المرأة وحال عليها الحول ثم طلقها قبل
الدخول بها انه يسقط عنه نصف الزكوة ولو سقط المسمى
كله ثم وجب نصفه بسبب آخر لسقط كل الزكوة ولان القول بسقوط
كل المهر ثم بوجوب نصفه غير مفيد والشرع لا يرد بما لا فائدة وراءه
شرط مع المسمى الذي هو مال ما ليس بمال بان تزوجها على الف
درهم وعلى ان يطلق امرأته الاخرى او على ان لا يخرجها من
بلدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى وسقط
الشرط لان هذا شرط اذا لم يتم الوفاء به يجب تمام مهر المثل
ومهر المثل لا يثبت بالطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره فلم
يبق الا المسمى فتنصف وكذلك ان شرط مع المسمى شيئا مجهولا
كما اذا تزوجها على الف درهم وكرامتها او على الف درهم وان
يهدي اليها هدية ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى
لانه اذا لم يف بالكرامة والهدية يجب تمام مهر المثل ومهر المثل
لا يدخل في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتبار هذا الشرط وكذلك
لو تزوجها على الف او على الفين حتى وجب مهر المثل في قول
ابي حنيفة وفي قولهما الاقل ثم طلقها قبل الدخول بها فلها
نصف الالف بالاجماع اما عند ابي حنيفة فلان الواجب
مهر المثل والله لا يثبت في الطلاق قبل الدخول واما عندهما
وهو الاقل فيتنصف وكذلك لو تزوجها على الف ان لم يكن امرأة
على

وعلى الفين ان كانت له امرأة حتى فسد الشرط الثاني عند ابي حنيفة
فطلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف فلما قلنا وعندهما الشرط
جائز فان قائما وجد فلها نصف ذلك بالطلاق قبل الدخول ولو
تزوجها على اقل من عشرة ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف
ما سمي وتمام خمسة دراهم لان تسمية ما دون العشرة تسمية
للعشرة عندنا فكانه تزوجها على ذلك الشيء وتمام عشرة فان
كان دراهم او دنانير معينة او غير معينة او كان مكيلا او موزونا
في الذمة فتبضنته وهو قائم في يدها فطلقها فعليها رد مثل نصف
المقبوض وليس عليها رد عين ما قبضت لان عين المقبوض لم
تكن واجبة بالعقد فلا تكون واجبة بالفسخ واقاما على اصل الوفاء
فالدراهم والدنانير تتعين بالعقد فتتعين بالفسخ فعليها
رد نصف عين المقبوض ان كان قائما فان كان عبدا وسطا او ثوبا
وسطا فسلمه اليها ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها رد نصف
المقبوض لان العبد لا مثل له والاصل فيما لا مثل له ان لا يجب في
الذمة الا انه وجب الوسط هناك في الذمة وتحملت اليها الذمة فاذا كان
فيما تقوم فاذا تعين بالقبض كان ايجاب نصف العين اعدل من
ايجاب المثل او القيمة فوجب عليها رد نصف عين المقبوض كما لو كان
معينا فقبضته ولا يملكه الزوج بنفس الطلاق لما ذكر هذا اذا
كان المهر دينا ولم يقبضه حتى ورد الطلاق قبل الدخول فاما اذا
كان عينا بان كان معينا مشارا اليه مما يحتمل التعيين كالعبد
والجارية وسائر الاعيان فلها يخلوا اما ان كان على حاله لم يزد ولم
ينقص واما ان زاد او نقص فان كان على حاله لم يزد ولم ينقص
فان كان غير مقبوض فطلقها قبل الدخول بها عاد الملك
بالنصف اليه بنفس الطلاق ولا يحتاج العود اليه الى الفسخ
او التسليم حتى لو كان المهر امة فاعتقها الزوج قبل الفسخ

والتسليم ينفذ اعتاقه في نصفها بلا خلاف وان كان مقبوضا
لا يعود الملك في النصف بنفس الطلاق ولا ينفسخ ملكها في النصف
حتى يفسخه الحاكم او تسلمه المرأة وذكر في الزيادات وزاد عليه
الفسخ من الزوج وهو ان يقول قد فسخت هذا جواب ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف ينفسخ ملكها في النصف بنفس
الطلاق وهو قول زفر حتى لو كان المهر امة فاعتقها قبل الفسخ
والتسليم جاز اعتاقها في جميعها ولا يجوز اعتاق الزوج فيها
وعلى قول ابي يوسف لا يجوز اعتاقها الا بالنصف ويجوز
اعتاق الزوج في نصفها وجه قول ابي يوسف ان الموجب
للعود هو الطلاق وقد وجد فيعود ملك الزوج كالبيع اذا فسخ
قبل القبض انه يعود ملك البايع بنفس الفسخ كذا هذا وجه
قولهما ان العقد وان انفسخ بالطلاق فقد بقي القبض بالتسليط
الحاصل في العقد وانه من اسباب الملك عندنا فكان سبب الملك
قايما فلا يزول الا بالفسخ من القاضي لانه فسخ سبب الملك
او بتسليمها ينقض للقبض حقيقة او بفسخ الزوج على رواية الزيادات
لانه بمنزلة المقبوض بحكم عقد فاسد وكل واحد من العاقدين
بسبيل من فسخ البيع وصار كما لو اشتري عبدا بجارية فقبض
العبد ولم يسلم الجارية حتى هلكت الجارية في يده انه ينفسخ العقد
في الجارية ويبقى الملك في العبد المقبوض الى ان يسترده كانه مقبوض
بحكم عقد فاسد كذا هذا ولان المهر بدل يملك بالعقد ملكا مطلقا فلا
ينفسخ الملك فيه بفعل احد العاقدين كالثمن في باب البيع بخلاف
ما قبل القبض لان غير المقبوض ليس بمملوك ملكا مطلقا هذا اذا كان
المهر بحاله لم يزد ولم ينتقص واما اذا زاد فالزيادة لا تخلو اما ان كانت
على المهر واما ان كانت في المهر فان كانت على المهر بان سمى الزوج لها الفا
وزادها بعد العقد مايتين ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف وبطلت

الزيادة

الزيادة في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف ان لها نصف الالف
ونصف الزيادة ايضا وجه قوله ظاهر قوله تعالى وان طلقتموهن
فنصف ما فرضتم والزيادة مفروضة فيجب تنصيفها بالطلاق قبل
الدخول ولان الزيادة ملتحقة باصل العقد على اصل اصحابنا
الزيادة في الثمن في باب البيع وجعل كان العقد ورد على الاصل
والزيادة جميعا فينتصف بالطلاق قبل الدخول كالاصل وجه
ظاهر الرواية ان هذه الزيادة لم تكن مسماة في العقد حقيقة
ولما لم تكن مسماة في العقد فورود الطلاق قبل الدخول يبطله
كمهر المثل واما قوله الزيادة ملتحقة باصل العقد فنقول الزيادة
على المهر لا تلتحق باصل العقد لانا وجدنا متاخرة عن العقد
حقيقة والحاق المتاخر عن العقد بالعقد خلاف الحقيقة للابصار
اليه الا لحاجة والحاجة الى ذلك في باب البيع لكونه عقد معاوضة
ولا مساواة المال بالمال فتتحقق الحاجة الى الزيادة دفعا للخسران
وليس النكاح عقد معاوضة ولا مساواة المال بالمال ليتحرز عن الخسران
فلا ضرورة الى تغيير الحقيقة واما النص فالمراد منه الفرض
في العقد لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه والدليل عليه
قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة
فدل ان الزيادة ليست بفريضة وان كانت في المهر فالمهر لا يخلو
اما ان يكون في يد الزوج واما ان يكون في يد المرأة فان كان في يد
الزوج فالزيادة لا تخلو اما ان كانت متصلة بالاصل واما ان كانت
منفصلة عنه والمتصلة لا تخلو من ان تكون متولدة من الاصل كالسمن
والكبر والجمال والبصر والسمع والنطق كالبياض العين وزوال
الخرس والصمم والشجر اذا اثمر والارض اذا زرعت او غير متولدة
منه كالثوب اذا صبغ والدار والارض اذا بنيا فيهما بناء وكذا المنفصلة لا
تخلو اما ان كانت متولدة من الاصل كالولد والوبر او الصوف اذا جز

والشعر اذا ارسل والثمر اذا اخذ والزرع اذا احصد او كان في حكم المتولد
منه كالارش والعقر واما ان كانت غير متولدة منه كالهبة والكسب
فان كانت الزيادة متولدة من الاصل او في حكم المتولد اي مهرسوا
كانت متصلة بالاصل او منفصلة عنه حتى لو طلقها قبل الدخول
بها ينتصف الاصل والزيادة جميعا بالاجماع لان الزيادة تا
بعة للاصل لكونها من الاصل والارش بدل جزء منه فيقوم مقامه
والعقر بدل ما هو في حكم الجزء فكان بمنزلة المتولد من المهر فكان مه
فاذا حدثت قبل القبض وللقبض شبه بالعقد فكان وجودها
عند القبض كوجودها عند العقد فكانت محلا للفسخ وان كانت
غير متولدة من الاصل فانها متى كانت متصلة بالاصل فانها تمنع
التنصف وعليها نصف قيمة الاصل لان هذه الزيادة ليست بمهر
لا مقصودا ولا بقاء لانها لم تتولد من المهر فلا يكون مهرا فلا
يتنصف ولا يمكن تنصيف الاصل بدون تنصيف الزيادة فامتنع
التنصيف فيجب عليها نصف قيمة الاصل بالزيادة لانها
بالزيادة صارت قابضة للاصل فتضمنه بوم حكم بالفسخ
وان كانت منفصلة عن الاصل فالزيادة ليست بمهر وهي كلها
للمراة في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا ينتصف الاصل وعند ابي يوسف
ومحمد هي مهر فينتصف مع الاصل وجه قولهما ان هذه الزيادة تملك
بملك الاصل فكانت تابعة للاصل فينتصف مع الاصل كالزيادة
المتصلة والمنفصلة المتولدة من الاصل كالسمن والولد ولابي حنيفة
ان هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا ولا بقاء اما مقصودا اه
فظاهر لان العقد ما ورد عليها مقصودا وكذا اما بقاء غير مقصودة
بتملك الجارية الهبة لها واما بقاء فلانها ليست بمتولدة من
الاصل قد لانها ليست بمهر لا مقصودا ولا بقاء وان ما هي مال المراة
فاشبهت سائر اموالها بخلاف الزيادة المتصلة المتولدة لانها

تمالله

تالمهر فكانت جزءا من اجزائه فيتنصف كما يتنصف الاصل ولواجد
الزوج المهر بغير اذن المراة فالاجرة له لان المنافع ليست باموال
متقومة بانفسها عندنا وانما ياخذ حكم المالية والتقوم بالعقد عند
من الزوج فكانت الاجرة له كالغاصب اذا اجر المغصوب ويتصدق
بالاجرة لانها مال حصل بسبب محظور وهو التصرف في ملك الغير
بغير اذنه فيتمكن فيه الخبث فكان سبيله التصدق به هذا اذا كان
المهر في يد الزوج فحدثت به زيادة واما ان كان في يد المراة فان كانت
الزيادة متصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصف في قول ابي
حنيفة وابي يوسف وللزوج عليها نصف القيمة يوم سلمة اليها وقال
محمد لا يمنع ويتنصف الاصل مع الزيادة واحتج بقوله تعالى وان
طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف
ما فرضتم جعل له الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه فرض نصف
المفروض ولا يمكن تنصيفه الا بتنصيف الزيادة فيجب تنصيف الزيا
دة بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل لانها ليست بتابعة
محضة لان الولد بالانفصال صار اصلا بنفسه فلم يكن مهرا وبخلاف
الزيادة المتصلة في الهبة انها تتبع الرجوع والاسترداد لان حق
الزوج في الهبة ليس بثابت يقين لكونه محل الاجتهاد فلا يمكن
الحاق الزيادة بحال العقد فتعذر ايراد الفسخ عليها فيمنع الرجوع
وجه قولهما ان هذه الزيادة لم تكن موجودة عند العقد ولا عند ما له
شبه بالعقد وهو القبض فلا يكون لها حكم المهر فلا يمكن فسخ العقد فيها
بالطلاق قبل الدخول لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه العقد والعقد لم
يرد عليها اصلا فلا يرد عليها الفسخ كالزيادة المنفصلة المتولدة من
الاصل ولانه لو فسخ العقد فاما ان يرد نصف الاصل مع نصف الزيادة
او بدون الزيادة لا سبيل الى الثاني لانه لا يتصور رد الاصل بدون
رد الزيادة المتصلة ولا سبيل الى الاول لانه يودي الى الربوا لانها ان لم تكن

محلا للفسخ لعدم ورود العقد عليها كان اخذ الزيادة منها اخذ مال
بلا عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربوا ان يجب نصف قيمة
المعوض لان نصف المعوض صار بمنزلة الهالك واما الاية فلا حجة
له فيها لان مطلق المعوض ينصرف الى المعوض المتعارف وهو الاثمان
دون السلع والاثمان لا تحتمل الزيادة والنقصان وعلى هذا الاختلاف
الزيادة المتصلة في البيع اذا اختلفا انما تمنع التحالف عند ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يمنع ولو هلكت هذه الزيادة في يد
الزوج ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف الاصل لان المانع من التنصيف قد ارتفع
وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فلما تمنع التنصيف وعليها
نصف قيمة الاصل لما بينا فيما تقدم وان كانت منفصلة متولدة
من الاصل فانها تمنع التنصيف في قول اصحابنا وعليها رد نصف قيمة
الاصل الى الزوج وقال زفر لا تمنع وتنصيف الاصل مع الزيادة وان
كانت منفصلة غير متولدة عن الاصل هي لها خاصة والاصل بينهما
نصفان بالاجماع وجه قول زفر ان الزيادة تابعة للاصل لانها متولدة
منه فتنصيف مع الاصل كالزيادة الحادثة قبل القبض ولنا ان هذه الزيادة
لم تكن عند العقد ولا عند القبض فلم تكن مهرا والفسخ انما يرد على ما له حكم
المهر فلا ينتصف ويبقى على ملك المراة كما كانت قبل الطلاق ولا يمكن بنصف
الاصل بدون الزيادة وهو رد نصف الجارية بدون الولد لانه يحصل لها
فضل اصل فسخ العقد فيه مما لم يمكن لها ذلك الاصل الا ببدل من غير بدل
وذلك وصف الربوا والله حرام فاذا تعذر تنصيف المعوض لكان الربوا اجعل
المعوض كالهالك لانه في حق كونه محبوس التسليم الى الزوج بمنزلة الهالك
فيجب نصف القيمة لزوال معنى الربوا والله اعلم وكذلك لو ارتدت
او قبلت ابن زوجها قبل الدخول بها بعد ما حدثت الزيادة في
يد المراة فذلك كله لها وعليها رد قيمة الاصل يوم قبضت كذا ذكر ابو
يوسف في الاصل وهو قول محمد وروي عن محمد عن ابي يوسف انما تزد الاصل
والزيادة وفرق بين الردة والتقبيل وبين الطلاق فقال في الطلاق ترد نصف

قيمة

قيمة الاصل وفي الردة والتقبيل ترد الاصل والزيادة جميعا ووجه الفرق
ان الردة والتقبيل فسخ العقد من الاصل وجعلا اياه كان لم يكن فصار
كمن باع عبدا بجارية وقبض الجارية ولم يدفع العبد حتى ولدت ثم مات
العبد قبل ان يدفعه انه يأخذ الجارية وولدها لانفساخ العقد من
الاصل بموت العبد في يد بائعه كذا هنا بخلاف الطلاق فانه اطلاق وحل
العقد وليس بفسخ فيحل العقد ويطلق او يرتفع من حين الطلاق
لا من الاصل وجه ظاهر الرواية ان المعقود عليه في الفصلين جميعا
اعني الطلاق والردة يعود سليما الى المراة كما كان الا ان الطلاق
قبل الدخول طلاق من وجه وفسخ من وجه فاوجب عود نصف
البدل والردة والتقبيل كل واحد منهما فسخ من كل وجه وفسخ
من وجه فاوجب عود نصف البدل ~~والردة والتقبيل كل واحد منهما~~
~~فسخ من كل وجه فيوجب~~ عود الكل الى الزوج هذا كله اذا حدثت الزيادة
قبل الطلاق فاما اذا حدثت بعد الطلاق بان طلقها ثم حدثت الزيادة
فلا يخلو اما ان حدثت بعد القضا بالنصف للزوج واما ان حدثت
قبل القضا وكذلك قبل القبض او بعده فان حدثت قبل القبض
فالاصل والزيادة بينهما نصفان سواء وجد القضا او لم يوجد
لانه كما وجد الطلاق عاد نصف المهر الى الزوج بنفس الطلاق وصار
بينهما نصفين والزيادة حدثت على ملكهما فتكون بينهما وان حدثت
بعد القبض وان كانت بعد القضا بالنصف للزوج فكذلك الجواب
لانه لما قضي به فقد عاد نصف المهر الى الزوج فحصلت الزيادة على
الملكين فكانت بينهما وان كانت قبل القضا بالنصف للزوج فالمهر في
يدها كالمقبوض بعقد فاسد لان الملك كان لهما وقد فسد ملكهما في
النصف بالطلاق حتى لو كان المهر عبدا فاعتقته بعد الطلاق قبل
القضا بالنصف للزوج فالمهر في يدها كالمقبوض بعقد فاسد لان الملك
كان لهما وقد فسد ملكهما في النصف بالطلاق حتى لو كان المهر عبدا

بعد الطلاق قبل القضا بالنقصان للزوج جازا عتاقها ولو اعتقه الزوج لا ينفذ
وان قضى القاضي له بعد ذلك كالبايع اذا اعتق العبد المبيع بيعا فاسدا
انه لا ينفذ عتقه وان رد عليه بعد ذلك كذا هاهنا هذا الذي ذكرنا حكم
الزيادة واما حكم النقصان فحدوث النقصان في المهر لا يخلو اما ان يكون
في يد الزوج واما ان يكون في يد المراة فان كان في يد الزوج فلا يخلوا من
خمسة اوجه اما ان يكون بفعل اجنبي واما ان يكون بفعل الزوج واما
ان يكون بفعل المهر الزوج للمهر واما ان يكون بفعل المراة وكل ذلك
لا يخلوا اما ان يكون قبل قبض المهر او بعده والنقصان فاحش او
غير فاحش فان كان النقصان بفعل اجنبي وهو فاحش قبل القبض
فالمراة بالخيار ان شاءت اخذت العبد الناقص واتبعت الجاني
بالارش وان شاءت تركت واخذت من الزوج قيمة العبد يوم العقد ثم
رجع الزوج على الاجنبي بضمان النقصان وهو الارش اما ثبوت الحكم
فلان المعقود هو المهر قبل القبض لانه صار بعضه قيمة وتغير المعقود
عليه قبل القبض يوجب الخيار كتغير المبيع قبل القبض فان اجازت
اخذ العبد اتبعت الجاني بالارش لان الجناية حصلت على ملكهما وان
اختارت اخذ القيمة اتبع الزوج الجاني بالارش لانه ملكه العين بدل الضمان
فقام مقام المراة فكان الارش له وليس لها ان تاخذ العبد ناقصا و
يضمن الزوج الارش لانها لما اختارت اخذه فقد ابرات الزوج من
ضمانه وان كان النقصان بافة سماوية فالمراة بالخيار ان شاءت اخذته
ناقصا ولا شيء لها غير ذلك وان شاءت تركته واخذت قيمته يوم العقد
لان المهر مضمون على الزوج بالعقد والاوصاف لا تضمن بالعقد لعدم
ورود العقد عليها مقصودا فلا يكون المهر الضمان في حقها وانما يكون المهر في
حق الاصل لورود العقد عليه وانما يثبت لها الخيار لتغير المعقود عليه
وهو المهر عما كان وهذا يثبت الخيار كالمبيع اذا انتقص في يد البايع انه
يتخير المشتري فيه كذا هذا وان كان النقصان بفعل الزوج ذكر في ظاهر

الرواية

الرواية ان المراة بالخيار ان شاءت اخذت ناقصا واخذت معه
ارش النقصان وان شاءت اخذت قيمته يوم العقد كذا ذكر في
ظاهر الرواية وفرق بين هذا وبين البايع اذا جنى على المبيع قبل
القبض وروي عن ابي حنيفة ان الزوج اذا جنى على المهر فهي
بالخيار ان شاءت اخذته ناقصا ولا شيء لها غير ذلك وان شاءت
اخذت القيمة وسوى بينه وبين المبيع ووجه التسوية بينهما
بان قال ان المهر مضمون على الزوج بالنكاح لم يستقر ملكها فيه كالمبيع
في يد البايع ثم الحكم في البيع هذا كذا في النكاح وجه الفرق في ظاهر
الرواية ان الاوصاف وهي الاتباع ان كانت لا تضمن بالعقد فانها
تضمن بالاتلاف لانها تصير مقصودة بالاتلاف فتصير
مضمونة الا ان المبيع لا يمكن جعله مضمونا بالعقد لانه مضمون
بضمان اخر وهو الثمن والمحل الواحد لا يكون مضمونا بضمانين
والمهر غير مضمون على الزوج بملك النكاح بل بالقيمة الا ترى
انه لو اتلف المهر لا يبطل ملك النكاح ولكن يجب عليه القيمة
فكذا اذا اتلف الجزء وان كان النقصان بفعل المهر بان جنى المهر
على نفسه ففيه روايتان في رواية حكم هذا النقصان حكم
النقصان بافة سماوية لان جناية الانسان على نفسه
هدر فالتحقت بالعدم فكانت كالافة السماوية وفي رواية حكمه
حكم جناية الزوج لان المهر مضمون في يد الضامن وهو الزوج
وجناية المضمون في يد الضامن كجناية الضامن كالعبد المغصوب
جنى على نفسه في يد الغاصب وان كان النقصان بفعل المراة فقد
صارت قابضة بالجناية فجعل كان النقصان حصل في يدها
كالمشتري اذا جنى على المبيع في يد البايع انه يصير قابضا اياه كذا
هاهنا هذا اذا كان النقصان فاحشا فاما اذا كان يسيرا فلا خيار
لها كما اذا كان هذا العيب بعد يوم العقد ثم ان كان هذا النقصان بافة

بالاوصاف مضمونة

سماوية او بفعل المهر او بفعل المهر او بفعل المرأة فلا شيء لهما وان
كان بفعل الاجنبي يتبعه بنصف النقصان وكذا ان كان بفعل
الزوج هذا اذا احدث النقصان في يد الزوج واما اذا احدث
في يد المرأة فهذا ايضا لا يخلو عن الاقسام التي وضعناها فان
حدث بفعل اجنبي وهو فاحش قبل الطلاق فالارش لها
فان طلقها الزوج قبله نصف القيمة يوم قبضت ولا سبيل
له على العين لان الارش بمنزلة الولد فيمنع التنصف وان
كانت جناية الاجنبي عليه بعد الطلاق فللزوج نصف العبد
وهو بالخيار في الارش ان شاء اخذ نصفه من المرأة واعتبر
القيمة يوم القبض وان شاء اتبع الجاني واخذ منه نصفه لان
حق الفسخ وعود النصف اليه استقر بالطلاق وتوقف
على قضاء القاضي او التراضي فصار في يدها كالمقبوض ببيع
فاسد فصار مضمونا عليها وكذلك ان حدث بفعل الزوج
فجناية كجناية الاجنبي لانه جنى على ملك غيره ولا يد له فيه
فصار كالاجنبي والحكم في الاجنبي ما وصفنا وان حدث
بالعين سماوية كان قبل الطلاق فالزوج بالخيار ان شاء اخذ نصفه
ناقصا ولا شيء له غير ذلك وان شاء اخذ نصف القيمة يوم القبض لان
حقه معها عند الفسخ لحقه معها عند العقد ولو حدث نقصان في يده
بآفة سماوية كان لها الخيار بين ان تأخذه ناقصا او قيمته فلذلك حق
الزوج معها وان كان ذلك بعد الطلاق فللزوج ان يأخذ نصفه
ونصف الارش بما ذكرنا انه بعد الطلاق يبقى في يدها كالمقبوض بحكم
بيع فاسد لان الملك لهما وحق الفسخ في الفسخ مستقر فصار كالمقبوض
ببيع فاسد وان شاء اخذه بقيمته يوم قبضت وكذلك ان حدث
بفعل المرأة فالزوج بالخيار ان شاء اخذ نصفه ولا شيء له من الارش وان
شاء اخذ نصف قيمته عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر للزوج ان يضمنها

الارش

الارش وجه قوله ان المهر مضمون عليهما بالقبض والاوصاف وهي
الاتباع تضمن بالقبض ولا تضمن بالعقد وكذلك يقول زفر في
النقصان الحادث بفعلها لما ذكرنا ولنا ان المرأة حبست على ملك
نفسها وجناية الانسان على نفسه غير مضمون عليه بخلاف ما
اذا احدث بفعل الزوج على الرواية المشهورة لان الزوج جنى
على ملك غيره وجناية الانسان على ملك غيره مضمون عليه وقد
خرج الجواب عما قاله زفر لان قبضها صادف ملك نفسها وقبض
الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وان كان ذلك بعد
الطلاق فعليها نصف الارش لما ذكرنا انه حق الفسخ قد
استقر وكذلك ان حدث بفعل المهر فالزوج بالخيار على الروا
جميعا ان شاء اخذ نصفه ناقصا وان شاء اخذ نصف القيمة لان ان
جعلناها جناية المهر كالآفة السماوية لا تكون مضمونة وان جعلناها
كجناية المرأة لم تكن مضمونة ايضا فلم تكن مضمونة على الروايتين
هذا اذا كان النقصان فاحشا اما اذا كان غير فاحش فان كان
بفعل الاجنبي او بفعل الزوج لا تنتصف لان الارش يمنع التنصف
وان كان بآفة سماوية او بفعلها او بفعل المهر اخذ النصف ولا خيار له
واما النوع الثاني وهو ما يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة
وهو كل طلاق يجري فيه المتعة فيقع الكلام في مواضع في بيان الطلاق
الذي تجري فيه المتعة والذي تستحب فيه وفي تقدير المتعة
وفي بيان من تقدر المتعة بحاله اما الاول فالطلاق الذي
تجري فيه المتعة نوعان احدهما ان يكون قبل الدخول في نكاح
لا تسمية فيه ولا فرض بعده او كانت التسمية فيه فاسدة وهذا
قول عامة العلماء وقال مالك لا تجب المتعة ولكن تستحب فلك
لابي وجوب المتعة اصلا واحتج بان الله تعالى خص المتعة بما
سمى بقوله تعالى حقا على المتقين والواجب لا يختلف فيه المحسن

ط يجب

ح

والمتقي وغيرهما تدل انها ليست بواجبة ولنا قوله تعالى لاجناح
عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة
ومتعوهن ومطلق الامر لوجوب الفعل والمراد من قوله او تفرضوا
اي ولم تفرضوا الا ترى انه عطف عليه قوله وان طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم
لو كان الاول بمعنى مالم تمسوهن وقد فرضوا لهن اولم تفرضوا
لما عطف عليه للمفروض وقد تكون او بمعنى الواو قال الله تعالى ولا
تطع منهم اثما او كفورا اي ولا كفورا وقوله تعالى على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره وعلى كلمة ايجاب وقوله حقا على المحسنين وليس
في الالفاظ الايجاب بكلمة او كذا من قولنا حق عليه لان الحقية
تقتضي المثبوت وعلى كلمة الزام واثبات فالجمع بينهما للتو
كيد او ما ذكره مالك كما يلزمنا يلزمه لان المندوب اليه ايضا لا
يختلف فيه المتقي والمحسن وغيرهما ثم نقول الايجاب على
المحسن والمتقي لا ينفي الايجاب على غيرهما الا ترى انه تعالى
اخبر ان القرآن هدى للمتقين ثم لم ينف ان يكون هدى للناس
كلهم كذا هنا والدليل على ان المتعة هنا واجبة انها بدل الواجب
وهو نصف مهر المثل وبدل الواجب واجب لانه يقوم مقام الواجب
وعلى مكانه الا ترى ان التيمم لما كان بدلا عن الوضوء والوضوء
واجب كان التيمم واجبا والدليل على ان المتعة بدل عن نصف
المهر ان بدل الشيء ما يجب بسبب الاصل عند عدمه كالتيمم مع
الوضوء وغير ذلك والمتعة تجب بالسبب الذي وجب مهر المثل
وهو النكاح لا الطلاق لان الطلاق مسقط للمحتوف لا موجب لها
لكن عند الطلاق يسقط نصف مهر المثل فتجب المتعة بدلا عن نصفه
وهذا طريق محمد رحمه الله فان المهر الرهن بمهر المثل يكون رهنا
بالمتعة عنده اذا هلك يهلك بالمتعة وأما ابو يوسف فانه لا يجعله

رهنا

رهنا بها حتى اذا هلك الرهن يهلك بغير شيء وللمتعة ما فيه عليه فلا يكون
وجوبها بطريق البدل عنه بل يوجبها ابتداء بظواهر النصوص التي
ذكرنا او يوجبها بدلا عن البضع بالاشد لان نصف المسمى في نكاح
فيه تسمية والثاني ان يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر
وانما فرض بعد وهذا قول ابي حنيفة رحمهما الله وهو قول ابي
يوسف الاخير وكان يقول اولا يجب نصف المفروض كما اذا كان
مفروضا في العقد وهو قول مالك والشافعي واحتجوا بقوله تعالى
وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف
ما فرضتم اوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول مطلقا
من غير فصل بينما اذا كان الغصب في العقد او بعده ولان العرض
بعد العقد كالعرض في العقد ثم المفروض في العقد ينتصف فكذا المفروض
بعده ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن الى قوله فمتعوهن اوجب المتعة في الطلاق قبل
الدخول عاما ثم خصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية
عند وجوده فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه
عند وجوده على اصل العموم وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء
الى قوله ومتعوهن اي ولم تفرضوا لهن فريضة لما ذكرنا فيما تقدم
وهو منصرف الى العرض في العقد لان الخطاب ينصرف الى المتعارف والمتعارف
هو العرض في العقد لا متاخرا عنه وبه تبين ان العرض المذكور في قوله
تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة
منصرف الى العرض في العقد لانه هو المتعارف وبه نقول ان المفروض
في العقد ينتصف بالطلاق قبل الدخول ولان مهر المثل قد وجب بنفس
العقد لما ذكرنا فيما تقدم فكان العرض بعده تقديرا لما وجب بالعقد
وهو مهر المثل ومهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول وتجب المتعة
فكذا ما هو بيان وتقدير له اذ هو تقدير لذلك الواجب واما الذي

تستحب فيه المتعة فهو الطلاق بعد الدخول واجبة واحتج بقوله تعالى
والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين جعل للمطلقات متاعا بلام
الملك عاما الا انه خص منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية فبقيت
المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه والمطلقة بعد الدخول
على ظاهر العموم ولنا ما ذكرنا ان المتعة وجبت بالنكاح بدلا عن البضع
اما بدلا عن نصف مهر المثل او ابتداء اذا استحقت المسمى او مهر المثل
بعد الدخول فلو وجبت المتعة لادى الى ان يكون لمثل واحد بدلان
او الجمع بين البدل والاصل في حالة واحدة وهذا ممتنع ولان المطلقة
قبل الدخول في نكاح فيه تسمية ولا تجب لها المتعة بالاجماع فالمطلقة
بعد الدخول اولى لان الاولى استحقت بعض المهر والثانية تستحق الكل
فاستحقاق بعض المهر لما منع من استحقاق المتعة فاستحقاق الكل اولى
واما الآية فيحمل ذكر المتاع فيها على الندب والاستحباب ويحمل به
نقول الله يندب الزوج الى ذلك كما يندب الى اداء المهر على الكمال في غير الذي
بها او يحمل على النفقة والكسوة في حال قيام العدة لان كل ذلك متاع
اذ المتاع اسم لما ينتفع به عملا بالدليلين كلما بقدر الامكان واما تفسير
المتعة الواجبة فقد قال اصحابنا انها ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة
وهكذا روي عن الحسن وسعيد بن المسيب وعطاء والشعبي وعن عبد
الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال ارفع للمتعة الخادم وما دون
ذلك الكسوة ودون ذلك النفقة وقال الشافعي ثلاثون درهما
للشافعي ما روي عن ابي ملحذا انه قال قلت لابن عمر رضي الله عنهما
اخبرني عن المتعة واخبرني عن قدرها موسر فقال اكسو كذا اكسو كذا
اكسو قال فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين درهما فدل انها مقدرة
بثلاثين درهما ولنا قوله تعالى في اية متاعا بالمعروف حقا على المحسنين
والمتاع اسم للمفروض في العرف ولان لايجاب الاثواب نظيرا في اصول
الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام العدة وادنى ما تكسى

تفسير المتعة الواجبة

له المرأة وتستتر عند الخروج ثلاثة اثواب ولا نظر لايجاب الثلثين فكان
ايجاب ماله نظير اولى وقول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ولما لانه
امره بالكسوة لا بد راهم مقدرة الا انه المتعة ان قيمة الكسوة بلغت ثلاثين
درهما وهذا الايدل على ان التقدير فيهما بالثلثين ولو اعطاها قيمة الاثواب
دراهم اودنانير جبر على القبول لان الاثواب ما وجبت لعينها بل من
حيث انها مال كالشاة في خمس من الابل في باب الزكوة واما بيان من
تعتبر المتعة بحاله فقد اختلف العلماء فيه قال بعضهم قدر المتعة تعتبر
بحال الرجل في يساره واعساره وهو قول ابي يوسف وقال بعضهم
تعتبر بحال المرأة في يسارها واعسارها وقال بعضهم المتعة الواجبة
تعتبر بحالهما والمستحبة تعتبر بحاله وجه قول من اعتبر حال الرجل
قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره جعل المتعة
على قدر حال الرجل في يساره واعساره وجه قول من اعتبر حالهما ان المتعة
بدل بضعها فيعتبر بحالهما وهذا ايضا وجه من يقول المتعة الواجبة
حالهما وقوله المتعة المستحبة يعتبر بحاله لا معنى له لان التقدير
في الواجب لا في المستحب وجه قول من اعتبر حالهما ان الله تعالى اعتبر
في المتعة بشيئين احدهما حال الرجل في يساره واعساره بقوله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره والثاني ان يكون مع ذلك بالمعروف
بقوله متاعا بالمعروف فلو اعتبرنا فيها حال الرجل دون حالهما لم
لا تكون بالمعروف لانه يقتضي انه لو تزوج رجل امرأتين احداهما
شريفة والاخرى مولاة دنية ثم طلقهما قبل الدخول بهما ولم يسم لهما
انه يستويا في المتعة باعتبار حال الرجل وهذا منكر في عادات الناس
لا معروف فيكون خلاف النص ثم المتعة الواجبة لا تزاد على نصف
مهر المثل بل هو نهاية المتعة لا مزيد عليه لان المتعة عند التسمية اكد
واثبت منه عند عدم التسمية لان الله تعالى اوجب المتعة على قدر
احتمال ملك الزوج بقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره

فاوجب نصف المسمي مطلقا احتمله وسع الزوج وملكه اولا وكذا
وجوب كمال مهر المثل بالسقوط ووجوب المتعة في نكاح لا تسمية فيه
اختلاف بين العلماء ولا خلاف في وجوب كمال المسمي من ذلك في نكاح
فيه تسمية وان الحق اكد واثبت عند التسمية ثم لا تزاد هناك
على نصف المسمي فلان لا تزاد هنا على نصف مهر المثل اولي ولان
المتعة بدل عن نصف مهر المثل ولانها يزاد البدل على الاصل ولا ينقص من
خمسة دراهم لانها تجب على طريق العوض واقل عوض يثبت في النكاح
نصف العشرة والله اعلم **فصل** واما حكم اختلاف الزوجين
في الجملة المهر فجملة الكلام فيه ان الاختلاف في المهر اما ان يكون في حال
حياة الزوجين واما ان يكون بعد موت احدهما بين الحي منهما وورثة
الميت واما ان يكون بعد موتهما بين ورثتهما فان كان في حال حياة
الزوجين واما ان يكون بعد موت احدهما بين الحي منهما وورثة
الميت واما ان يكون بعد موتهما بين ورثتهما فان كان في حال حياة الز
وجين فاما ان كان قبل الطلاق واما ان كان بعده فان كان قبل الطلاق
فان كان الاختلاف في التسمية يجب مهر المثل لان الموجب الاصلي
في باب النكاح وهو مهر المثل لان قيمة البضع وقيمة الشئ مثله
من كل وجه فكان هو العدل واما التسمية تقدير لمهر المثل فاذا لم
تثبت التسمية لوقوع الاختلاف فيها وجب المصير الي الموجب الاصلي
وان كان الاختلاف في قدر المسمي او جنسه او نوعه او صفته فالمهر
لا يخلو اما ان يكون دينا واما ان يكون عينا فان كان دينا فاما ان كان
من الاثمان المطلقة وهي الدراهم والدنانير واما ان كان من المكيلات
والموزونات والمذروعات الموصوفة في الذمة فاما ان كان من
الاثمان المطلقة فاختلفا في قدره بان قال الزوج تزوجتك عليه
الف درهم وقالت المراة تزوجتني على الفين او قال الزوج
تزوجتك على مائتي دينار وقالت المراة علي مائتي دينار محالا وبدأ

الاثمان المطلقة

بيمين

بيمين الزوج فان نكل اعطاها الفين وان حلف تحالفا فان نكلت
اخذت الفا وان حلفت يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها مثل ما قالت
او اكثر فلها ما قالت وان كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج او اقل فلها
ما قال وان كان مهر مثلها اقل مما قالت واكثر مما قال فلها مهر مثلها وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتحالفان والقول قول
الزوج فيهذا كله الآن يأتي بشئ مستنكر جدا فالحاصل ان ابا حنيفة
ومحمدا يحكمان مهر المثل ويبتدئ ابو حنيفة ابو يوسف لا يحكمه
بل يجعل القول قول الزوج مع يمينه الآن يأتي بشئ مستنكر وقد
اختلف في تفسير المستنكر قيل هو ان يدعي انه تزوجها على اقل من
عشرة وهذا التفسير مروي عن ابي يوسف رحمه الله لان هذا
القدر مستنكر شرعا اذ لا مهر في الشرع اقل من عشرة وقيل هو ان
يدعي ان تزوجها على ما لم يتزوج مثلها به عادة وهذا محكي عن
ابي الحسن لان ذلك مستنكر عرفا وهو الصحيح عن التفسير لانهما
اختلفا في مهر مقدار المهر المسمي وذلك اتفاق منهما على اصل المهر
المسمي وما دون العشرة لم تعرف مهرا في الشرع اصلا بلا خلاف بين
اصحابنا وقد روي عن ابي يوسف في المتابعين اذا اختلفا في مقدار
الثمن والسلعة هالكة ان القول قول المشتري ما لم يأت بشئ مستنكر
وهذا قول ابي يوسف ان القول قول المنكر في الشرع والمنكر هو الزوج لان
المراة تدعي عليه زيادة مهر وهو ينكر ذلك فكان القول قوله مع يمينه
كما في سائر المواضع والدليل عليه ان المتعاقدين في باب الاجارة اذا
اختلفا في مقدار المسمي لا يحكم اجر المثل بل يكون القول قول المستاجر
مع يمينه لما قلنا كذا هذا ولهما ان القول في الشرع والعقل قول من يشهد
له الظاهر والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل لان الناس في
العادات الجارية يقدرون المسمي بمهر المثل ويبنونه عليه لان الزوج
رضي بالزيادة عليه والمراة واولياؤها لا يرضون بالنقصان عنه فكانت

التسمية تقدر كلهر المثل وبنا عليه فكان الظاهر شاهدا لمن
يشهد له مهر المثل فيحكم مهر المثل فان كان العين فلهما ذلك لان
الظاهر شاهد لهما وان كان اكثر من العين لا يزاد عليه لاعتراضيت
بالنقصان وان كان مهر مثلها الفا فلها الف لان الظاهر شاهد للزوج
وان كان اقل من ذلك لا ينقص عن الالف لان الزوج رضي بالزيادة
وان كان مهر مثلها اكثر مما قال واقل مما قالت فلها مهر المثل لانه
الموجب الاصلي وانما التسمية تقدير له لما قلنا لا يعدل عنه الا
عند ثبوت التسمية وصحتها فاذا لم يثبت لوقوع الاختلاف
وجب الرجوع الى الموجب الاصلي وتحليفه وانما يتحالفان لانكل
واحد منهما مدع من وجه ومنكر من وجه اما الزوج فلان المراة تدعي
عليه زيادة الف وهو ينكر واما المراة فلان الزوج يدعي عليها
وجوب تسليم النفس عند تسليم الالف اليها وهي تنكر فكان
كل واحد منهما مدعيا من وجه منكرا من وجه فيتحالفان لقوله صلى
الله عليه وسلم واليمين على من انكر وبدا باليمين الزوج لانه اشد
انكارا واسبق انكارا من المراة لانه منكر قبل تسليم النفس وبعده ولا
انكار من المراة بعد تسليم النفس وقبل التسليم هو اسبق انكارا
لان المراة تمنع المهر اولا لم تسلم نفسها وتطالبه باداء المهر اليها
وهو ينكر فكان هو اسبق انكارا فكانت البداية بالتحليف منه اولى كما قلنا
في اختلاف المتبايعين ذكر الكرخي التحالف في هذه الفصول الثلاثة
وانكر الخصاف التحالف الا في فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد مهر المثل
لدعواهما بان كان مهر مثلها اكثر مما قال الزوج واقل مما قالت المراة وكذا
في الجامع الصغير لم يذكر التحالف الا في هذا الفصل ووجهه ان الحاجة
الى التحالف فيما لا شهادة للظاهر فيه فاذا كان مهر المثل مثل ما يدعي
احدهما كان الظاهر شاهدا له فلا حاجة الى التحالف والظاهر
لا يشهد لاحدهما في الفصل الثالث تنتفي الحاجة الى التحالف وجه

ما ذكر

وجه ما ذكره الكرخي ان مهر المثل لا يثبت الا بعد سقوط اعتبار التسمية
والتسمية لا يسقط اعتبارها الا بالتحالف لان الظاهر لا يكون حجة
على الغير فتنتفي الحاجة الى التحالف ثم اذا وجب التحالف ويدعي بيمين
الزوج فان نكل يقضي عليه بالعين لان النكول حجة يقضي به في باب
الاموال بالاتفاق بين اصحابنا والاختيار للزوج وهو ان يعطيها ما كان
الدراهم دنانير لان تسمية الالف قد يثبت بالنكول لانه بمنزلة
الاقرار من شان المسمى ان لا يكون للزوج العدول عنه الى غيره الا
برضي المراة وان حلف تحالف المراة فان نكلت لم تقض على الزوج الا
بالالف ولا اختيار له لما قلنا فان نكول الزوج وان حلفت تحكم مهر مثلها
الا انه يقضي لها على الزوج ولا اختيار له لان تسمية الالف قد ثبتت بتصادقهما
فيمنع الخيار وان كان مهر مثلها العين تقضي لها بالعين وله الخيار في احد
الالفين دون الاخر لثبوت تسمية احد الالفين بتصادقهما وله الخيار
في قدر الخمسمائة لانه لم يثبت تسمية هذا القدر فكان سبيلها سبيل
مهر المثل فكان له الخيار فيها ولا تفسخ العقد بعد التحالف في قول عامة العلماء
وقال ابن ابي ليلى يفسخ كما في البيع لان كل واحد منهما عقد لا يجوز بغير
بدل ولنا الفرق بين البيع والنكاح وهو انه لما سقط اعتبار التسمية
في باب البيع يبقى البيع بلا ثمن والبيع بلا ثمن بيع فاسد والبيع الفاسد
واجب الرفع رفعا للفساد وذلك بالفسخ بخلاف النكاح لان ترك التسمية
اصلا في النكاح لا يوجب فساده فسقوط اعتبارها لجهالة المسمى بالتعالي
اولى فلا حاجة الى الفسخ وهو الفرق والله اعلم هذا كله اذا لم يتم لاحدهما
بينة فاما اذا اقامت لاحدهما بينة فانه يقضي ببينته لانها اقامت
على امر جائز الوجود ولا معارض فيقبل ولا يحكم مهر المثل لان
تحليفه ضروري ولا ضرورة عند قيام البينة والاختيار للزوج لان
التسمية تثبت بالبينة وانها تمنع الخيار واذا اقاما جميعا البينة
فان كان مهر مثلها الف درهم يقضي ببينتها لانها توجب زيادة

البيع الفاسد واجب الرفع

رض

الف فكانت بينتها مظهرة وبينة الزوج لم تظهر شيأ لانها قامت
على الفرد الالف كان ظاهرا بتصادقهما او يقول بينة المراة اكثر اظهارا
فكان القضا ببينتها اولا ولا خيار للزوج في الالفين لان تسمية احد
الالفين ثبت بتصادقهما وتسمية الاخر ثبت بالبينة والتسمية تمنع الخيار
وان كان مهر مثلها الفين فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم بقضي
ببينتها ايضا لانها تظهر زيادة الغلم لكن ظاهرة بتصادقهما او كانت
كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل لكن هذا الظاهر لا يكون حجة على
الغير الاترى انه لا يقضي به بعد يمين الزوج او البينة بتصادقهما
حجة بنفسه وكانت بينتها هي المظهرة او كانت اظهارا او بينة الزوج
ليست بمظهرة لان الالف كان ظاهرا بتصادقهما او هي اقل اظهارا
فكان القضا ببينتها اولى وقال بعضهم ببينة الزوج لان بينته تظهر
حق الالف عن مهر المثل وذلك لان الثابت للغير بشهادة مهر
المثل تظهر حق الغير عن مهر المثل بشهادته وبينته مظهرة
سببا لان احد الالفين كان ظاهرا بتصادقهما والاخر كان ظاهرا بشهادة
مهر المثل او تظهر صفة الثاني للالفين لان الثابت بشهادة مهر
المثل الفان يتخير الزوج في احدهما وبالبينة تظهر صفة الثاني
لهما وبينته مظهرة للاصل فكان القضا ببينته اولى وان كان مهر مثلها
الفا وخمس مائة بطلت البينتان للتعارض لان مهر المثل لا يشهد
لاحدهما فكانت كل واحدة منهما مظهرة وليس احديهما اولى من الاخرى
فبطلتا فبقي الحكم لمهر المثل ولا خيار له في قدر الالف لان البينتين
تتساقطان لعدم الترجيح فبقي هذا القدر مسمى بتصادقهما وله الخيار
في قدر الخمسمائة لثبوته على وجه مهر المثل وكذلك ان كان دنيا
موصوفا في الذمة بان تزوجها على مكيل موصوف او موزون موصوف
موصوف او مزروع فاختلفا في قدر المكيل والموزون والمزروع فالاختلاف
فيه كالاختلاف في الدراهم والدنانير انهما يتحالفان ويحكم مهر المثل

في قول

في قول ابي حنيفة ومحمد لان القدر من المكيل والموزون معقود عليه وكذا من
المذروع ان كان في الذمة وان لم يكن معقودا عليه بل كان حاضرا مجري
الصفة اذ الكلام عينا لان ما في الذمة غايب مذكور مختلف اصله باختلاف
وصفه فجري الوصف فيما في الذمة مجري الاصل ولهذا كان الاختلاف
في صفة السلم فيه موجبا للتحالف فكان اختلافهما في الوصف بمنزلة
اختلافهما في الاصل وذلك يوجب التحالف كذا هذا وعند ابي يوسف
لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه وان كان الاختلاف في
جنس المسمى بان قال الزوج تزوجتك على عبد فقالت على جارية
او قال الزوج تزوجتك على كر شعير فقال كر حنطة او على ثياب
هروية او قال على الف درهم وقالت على مائة دينار او في لاعه كالتركي
مع الرومي والدنانير المصرية مع الصورية او في صفته من الجودة
والرداءة فالاختلاف فيه كالاختلاف في العينين الا الدراهم والدنانير
فان الاختلاف فيهما كالاختلاف في الالف والالفين وانما كان كذلك لان
كل من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك الا بالتراضي بخلاف
الدراهم والدنانير فانهما وان كانا جنسين مختلفين لكن مهر
المثل يقضي من جنس الدراهم والدنانير فجاز ان يستحق المائة دينار
من غير تراض فيقضي لقدر قيمته هذا اذا كان المهر دينا فاما اذا كان
عينا فان اختلفا في قدره فان كان مما يتعلق العقد بقدره بان تزوجها
على طعام بعينه فاختلفا في قدره فقال الزوج تزوجتك على هذا
الطعام بشرط ان كر وقالت المراة تزوجتني عليه بشرط ان كران
فهو مثل الاختلاف في الالف والالفين وان كان مما لا يتعلق العقد
بقدره بان تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه بعشرة دراهم فاختلفا فقال الزوج تزوجتك على هذا الثوب بشرط ان
ثمانية اذرع فقالت المراة بشرط ان عشرة اذرع لا يتحالفان ولا
يحكم مهر المثل والقول قول الزوج بالاجماع ووجه الفرق بين

جها

اذا اختلفا قبل الطلاق ولو اختلفا بعد الطلاق فان كان بعد الدخول
او قبل الدخول بعد الخلوة فالجواب في الفصول كلها كالجواب فيما لو اختلفا
في حال قيام النكاح لان الطلاق بعد الدخول او قبل الدخول بعد الخلوة
مما لا يوجب سقوط مهر المثل وان كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة فان
كان المهر دنيا فاختلفا في الالف والالفين فالقول قول الزوج ويتحالفان
ما يقول الزوج كذا ذكر في كتاب النكاح والطلاق ولم يذكر الاختلاف
وكذا ذكر الطحاوي انه يتحالفان ما يقول الزوج ولم يذكر الخلاف وذكر
الكرخي وحكى الاجماع وقال لها نصف المهر الالف في قولهم وذكر محمد
رحمه الله في الجامع وقال ينبغي ان يكون القول قول المرأة الى متعة
مثلها والقول قول الزوج في الزيادة على قياس قول ابي حنيفة رحمه
الله ووجهه ان المسمى لم يثبت لوقوع الاختلاف فيه والطلاق قبل
الدخول في نكاح لا تسمية فيه يوجب المتعة وحكم متعة مثلها لان المرأة
ترضى بذلك والزوج لا يرضى بالزيادة وكان القول قوله في الزيادة
والصحيح هو الاول لانه لا سبيل الى تحكيم مهر المثل هها هنا لان مهر المثل
لا يثبت في الطلاق قبل الدخول فتعذر تحكيمه فوجب اثبات المتيقن
وهو نصف الالف ومتعة مثلها لا يبلغ ذلك عادة فلا معنى لتحكيم المتعة
مع اقرار الزوج بالزيادة وقبل الاختلاف بين الروايتين في الحقيقة وانما
اختلف الجواب لاختلاف وضع المسئلة فوضع المسئلة في كتاب النكاح في
الالف والالفين فلا وجه لتحكيم المتعة لان الزوج اقر لها بخمسمائة
وهي تزيد على متعة مثلها عادة فقد اقر الزوج لها بمتعة مثلها وزيادة
فكان لها ذلك ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة بان قال
الزوج تزوجتك على عشرة دراهم وقالت المرأة تزوجتني على مائة
درهم ومتعة مثلها عشرون ففي هذه الصورة يكون الزوج مقرا لها
بخمسة دراهم وذلك اقل من متعة مثلها عادة فكان لها متعة مثلها
وان كان المهر عينا كما في مسئلة العبد والجارية فلها المتعة الا ان يرضى

الطعام والثوب ان القدر في باب الطعام معقود عليه حقيقة وشرعا اما الحقيقة
فلانه عين وذات حقيقة واما الشرع فلانه اذا اشتري طعاما على انه عشرة
اقفزة فوجده احد عشر لا يجب له الفضل والاختلاف في المعقود عليه
يوجب التحالف واما القدر في باب الثوب وان كان من اجزاء الثوب حقيقة
لكنه جار مجرى الوصف وهو صفة الجودة شرعا لانه يوجب صفة
الجودة بقدره من الاجزاء الا ترى ان من اشترى جارية ثوبا على انه عشرة
اذرع فوجده احد عشر طاب له الفضل والاختلاف في صفة المعقود
عليه اذا كان عينا لا يوجب التحالف كما اذا اختلفا في صفة الجودة
والاصل ان ما يوجب فوات بعضه نقصانا في المبيع من جار مجرى
الصفة وما لا يوجب فوات بعضه نقصانا في المبيع لا يكون جاريا
مجرى الصفة وما لا يوجب فوات بعضه نقصانا وان اختلفا
في جنسه كالعبد والجارية بان قال الزوج تزوجتك على هذا العبد
وقالت المرأة على هذه الجارية فهو مثل الاختلاف في الالف والالفين
الا في فصل واحد وهو ما اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية او اكثر
فلها قيمة الجارية لان عينها لان تملك الجارية لا تكون الا بالتراضي
ولم يتفقا على تمليكها فلم يوجد الرضى منها جعل الجارية بتمليكها
فتعذر التسليم ويقضي بقيمتها بخلاف ما اذا اختلفا في الدراهم
والدنانير قال الزوج تزوجتك على الف درهم وقالت المرأة على مائة
دينار او اكثر قلها المائة دينار لها مهر المثل يقضي من جنس الدراهم
والدنانير فلا يشترط فيه التراضي بخلاف العبد فان مهر المثل لا يقضي من
جنسه فلا يجوز ان يملك من غير مراضاة ولا تكون اكثر من قيمتها وان
كان مهر مثلها اكثر من قيمتها لا عن رضيت بهذا القدر وما كان القول فيه
للزوج فتملك فاختلفا في قدر قيمته فالقول فيه قول الزوج ايضا
لان المسمى مجمع عليه فكانت القيمة دينا عليه والاختلاف اذا وقع
في قدر الدين فالقول قول المديون كما في سائر الديون هذا كله

القول للمديون في القدر

اذا

الزوج ان ياخذ نصف الجارية لان نصف الالف هناك ثابت بيقين لاتفاقهما
على تسمية الالف فكان القضاء بنصفها حكما بالمتيقن وتملكه نصف الجارية
ليس بثابت بيقين لانهما لم يتفقا على تسمية احدهما فلا يمكن القضاء بنصف
الاقل الا باختيارهما فاذا لم يوجد سقط البدلان فوجب الرجوع الى المتعة
هذا اذا كان الاختلاف في حال حياة الزوجين فان كان في حال حياة احدهما
بعد موت الاخر بينه وبين ورثة الاخر فكذلك الجواب ان القول قول المراة
الى تمام مهر مثلها ان كانت حية وقول ورثتها ان كانت ميتة والقول قول الزوج
وورثته في الزيادة عندهما وعند ابي يوسف القول قول ورثة الزوج
الآن يا توا ببينة مستنكر وان كان الاختلاف بين ورثة الزوجين فان
اختلفوا في اصل التسمية وكلوعا فقد قال ابو حنيفة رحمه الله لا اقضي
بشيء حتى تقوم البينة على اصل التسمية وعندهما يقضى بمهر المثل
كما في حال الحياة وجه قولهما ان التسمية اذا لم تثبت لا ختلافهما وجب
مهر المثل بالعقد فينبغي بعد موتهما كالمسمى فصار كانه تزوجها ولم
يسم لهما مهرا ثم ماتا وجواب ابي حنيفة رحمه الله هناك انه لا يقضي
بشيء حتى تقوم البينة على التسمية واما قولهما ان مهر المثل يجب بالعقد
عند عدم التسمية فالجواب عنه من وجهين احدهما انه وجب
لكنه لم يبق اذ المهر لا يبقى بعد موت الزوجين عادة وهذا وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله بل الظاهر هو الاستيفاء او الابراء هو العادة
فيما بين الناس فلا يثبت البقاء الا بالبينة والثاني ان سلمنا انه يبقى
لكنه تعذر القضاء به لان موضوع المسئلة عند التقادم وعند التقادم
لا يدري ما حالهما ومهر المثل يقدر بحالهما فيتعذر التقدير على ان اعتبار
مهرها بمهر مثل نسائها عشيرتها فاذا ماتا فالظاهر موت نسائها عشيرتها
فلا يمكن التقدير ولو اختلف الورثة في قدر المهر فالقول قول ورثة
الزوج في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف القول قول ورثة
الزوج الا ان ياتوا ببينة مستنكر جدا وعند محمد القول قول ورثة الزوج

المراة

المراة الى قدر مهرها كما في حال الحياة ولو بعث الزوج الى امراته
شيا فاختلفا فقالت المراة هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قول
الزوج الا في الطعام الذي يوكل لان الزوج هو المملك فكان اعرف بجهة
تمليكه فكان القول قوله الا فيما يكذبه الظاهر وهو الطعام الذي يوكل
لانه لا يبعث مهرا عادة والله الموفق **فصل** ومما يتصل بهذا
اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما وجملة الكلام فيه ان
الاختلاف في متاع البيت ولا بينة لاحدهما وجملة الكلام فيه اما
ان يكون بين الزوجين في حال حياتهما واما ان يكون بين ورثتهما
بعد وفاتهما واما ان يكون في حال حياة احدهما وموت الاخر فان كان
في حال حياتهما فاما ان يكون في حال قيام النكاح واما ان يكون بعد زواله
بالطلاق فان كان في حال قيام النكاح فما لا يصلح للرجال كالهامة
والقلنسوة والسلاح وغير ذلك فالقول فيه قول الزوج لان الظاهر
شاهد له وما يصلح للنساء كالخمار والملحفة والمغزل وغيرها فالقول فيه
قول المراة لان الظاهر شاهد لها وما يصلح لهما جميعا كالدراهم والدنانير
والعروض والبسيط والحبوب فالقول فيه قول الزوج وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القول قول المراة الى قدر جهازها مثلها
في الكل والقول قول الزوج في الباقي وقال زفر في قول المشكل بينهما
نصفان وفي قول آخر وهو قول مالك والشافعي الكل بينهما نصفان
وقال ابن ابي ليلى القول قول الزوج في الكل الا في ثياب بدن الزوج
وجه قول الحسن ان يد المراة على ما في داخل البيت اظهر منه من يد الرجل
فكان الظاهر شاهدا لها الا في ثياب بدن الرجل حر لان الظاهر يكذبها
في ذلك ويصدق الزوج وجه قول ابن ابي ليلى ان الزوج اخص بالتصرف
في البيت فكان الظاهر شاهدا له الا في ثياب بدنها فان الظاهر يصدقها
في ذلك ويكذب الرجل وجه قول زفر ان يد كل واحد من الزوجين
اذا كانت حوين ثابتة على ما في البيت فكان الكل بينهما نصفين

وهو قياس قوله الآ انه خص المشكل بذلك في قول لان الظاهر يشهد لاحدهما
في المشكل بذلك في قول لان الظاهر يشهد لاحدهما في غير المشكل ولا يشهد
لاحدهما في المشكل وجد قول ابي يوسف ان الظاهر يشهد للمراة الى قدر
جهاز مثلها لان المراة لا تخلو عن الجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها
في هذا القدر فكان القول قولها والظاهر يشهد للزوج في
الباقي فكان القول قوله في الباقي وجه قولهما ان يد الزوج على ما في
البيت اقوى من يد المراة لان يده يد متصرفة ويدها يد حافظة
ويد المتصرف اقوى من يد الحفظ كما شيئ تنازعا في دابة واحدهما
راكبها والاخر متعلق بلجامها ان الراكب اولى الا ان فيما يصلح لها عارض
هذا الظاهر ما هو اظهر منه فسقط اعتباره وان اختلفا بعد ما طلقها
ثلاثا او بائنا فالقول قول الزوج لانها صارت اجنبية بالطلاق
فزادة يدها والتحقت بسائر الاجانب هذا اذا اختلف الزوجان
قبل الطلاق او بعده فاما اذا ماتا او اختلف ورثتهما فالمقول قول
ورثة الزوج في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف القول
قول ورثة المراة الى قدر جهاز مثلها وقول ورثة الزوج فالباقي
لان الوارث يقوم مقام المورث فصار كان المورثين اختلفا
بانفسهما وهما حيان وان مات احدهما فاختلف الحي منهما وورثة
الميت فلو كان الميت هو المراة فالقول قول الزوج عند ابي حنيفة ومحمد
لانها لو كانت حية لكان القول قوله فبعد الموت اولى وعند
ابي يوسف القول قول ورثتها الى قدر جهاز مثلها وان كان الميت
هو الزوج فالقول قولها عند ابي حنيفة في المشكل وعند ابي
ابي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة
الزوج لان القول قول الزوج في المشكل بعد الطلاق فكان القول
كذلك قول ورثته بعده ايضا وان ماتا قبل القضاء العدة
فالقول قولها عند ابي يوسف في المشكل وعند ابي يوسف في قدر

حنيفة م

جهاز

١٥ جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج لان العدة اذا كانت قائمة كان
النكاح قائما من وجه فصار كما لو مات الزوج قبل الطلاق وبقيت المراة وذلك
القول قولها عند ابي حنيفة في المشكل وعند ابي يوسف في قدر جهاز
مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج كذا هنا والله اعلم هذا اذا
كان الزوجان حرين او مملوكين او مكاتبين فاما اذا كان احدهما حرا
والاخر مملوكا او مكاتبا فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول الحر منهما
ان كان المملوك محجورا فكذلك فاما اذا كان ماذونا او مكاتبا فالجواب فيه
وفيما اذا كانا حرين سواء وجه قولهما ان للمكاتب في ملك اليد بمنزلة الحر
بل هو حر يدا ولهذا كان احق بكاسبه وكذا الماذون المديون فصار
كما لو اختلفا وهما حران ولابي حنيفة ان كل واحد منهما مملوك لها الما
فلا شك فيه وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم والعبد اسم للمملوك والمملوك لا يكون من اهل الملك
فلا يصلح دليله على الملك فلا تصلح معارضة لليد الحر فبقيت يده دليل الملك
من غير معارض بخلاف الحرين ولو كان الزوج حرا والمراة امة او مكاتبة او مدبرة
او ام ولد فما عتقت ثم اختلفا في متاع البيت فما احدث من الملك قبل
العتق فهو للزوج لانه حدث في وقت لم تكن المراة فيه من اهل الملك
وما حدث من الملك بعد العتق والجواب فيه وفي الحرين سواء ولو كان
الزوج مسلما والمراة كتابية فالجواب فيه كالجواب في الزوجين المسلمين
لان الكفر لا ينافي اهلية الملك بخلاف الرق وكذا لو كان البيت فلكا لا
حدهما لا يختلف الجواب لان العبرة لليد لا للملك هذا كله اذا لم تقر المراة
ان هذا المتاع اشتراه لي زوجي فان اقرت بذلك سقط قولها لانها
اقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الانتقال
الا بدليل والله اعلم فصل وتنكح الكفاءة في انكاح غير الاب
والجد من الاخ والعم ونحوهما الصغير والصغيرة وفي انكاح الاب
والجد اختلاف ابي حنيفة مع صاحبيه وقد مرت المسيلة

واما الطوع فليس بشرط لجواز النكاح عندنا خلافا للشافعي فيجوز نكاح المكره
عندنا وعنده لا يجوز وهذه من مسايل الاكراه وكذا الجد ليس من شرايط جواز
النكاح حتى يجوز نكاح المماذل لان الشرع جعل الجد والمزل في باب النكاح
سواء قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق
والعتاق والنكاح وكذا الهزل عندنا حتى يجوز نكاح الخاطي وهو الذي يسبق
على لسانه كلمة النكاح من غير قصده وعند الشافعي شرط والصحيح قولنا
لان الغايت في الخطا ليس الا القصد والله ليس بشرط لجواز النكاح بدليل
نكاح المماذل وكذا الهزل اعني كونه حلالا غير محرم ليس بشرط لجواز النكاح
بدليل نكاح المماذل او كونها حلالا غير محرمة ليس بشرط لجواز النكاح
عندنا وعند الشافعي شرط حتى يجوز نكاح المحرم والمحرمة عندنا لكن
لا يجامع فيهما في حال الاحرام وعنده لا يجوز وحد قوله ان الجماع من
محظورات النكاح الاحرام فكذا النكاح لانه سببه داع الى الجماع ولهذا
حرمت الدواعي على المحرم كما حرم عليه الجماع ولنا ما روي عبد الله بن
عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة
وهو حرام ولانه ما ليتدل عليه بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
هو الجواز ولا معارض هذا ما روي يزيد بن الاصم ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال يسرف واجمعوا على انه ما تزوجها
رسول الله صلى الله عليه وسلم الا مرة واحدة ليقع التعارض لان الاخبار رواية
ابن عباس اولى لوجهين احدهما ان يثبت امرا معارضا وهو الاحرام
اذ الحل اصل والاحرام عارض فتحمل رواية يزيد على انه بنى الامر على الاصل
وهو الحل تحسينا للظن بالروايتين فكان رواي الاحرام معتمدا حقيقة
الحال ورواي الحل بانيا الامر على الظاهر فكانت رواية من اعتمد حقيقة
الحال اولى ولهذا رجحنا قول الخارج على المركي كذا هذا والثاني ان عبد الله
بن عباس رضي الله عنهما افقه واتقن من يزيد والترجيح بفقه الراوي
واتقانه ترجيح صحيح على ما عرف في اصول الفقه ولان المعاني التي لها حسن

تفسير نكاح الخاطي

النكاح في غير الاحرام موجودة في حال الاحرام فكان العزم في الحالين في الحكم
مع وجود المعنى الجامع بينهما سنة وما ذكره من المعنى يبطل نكاح الخايف
والناسي فانه جايز بالاجماع وان النكاح سبب داعي الى الجماع والله اعلم
كل نكاح جاز بين المسلمين وهو الذي استجمعت شرايط الجواز التي وصفنا
فهو جايز بين اهل الذمة واما ما فسد بين المسلمين من الانكحة فانما فسد
في حقهم منها ما يصح ومنها ما يفسخ وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال
زفر كل نكاح فسد في حق المسلمين فسد في حق اهل الذمة حتى لو اسلموا
والنكاح لغير شهود لم يتعرض عليهم ويحملون على احكامنا وان لم يترافعوا
الينا وكذا اذا اسلما يفرق بينهما عنده وعندنا لا يفرق بينهما وان تحاكما
الينا او اسلما بل يقران عليه وحد قوله انهم لما قبلوا عقد الذمة فقد التزموا
احكامنا ورضوا بها ومن احكامنا انه لا يجوز النكاح لغير شهود ولهذا
لم يجز نكاحهم المحارم في حكم الاسلام ولان تحريم النكاح لغير شهود
في شريعتنا ثبت بخطاب الشرع على سبيل العموم بقوله لا نكاح الا بشهود
والكفار مخاطبون بشرايع هي حرمات في الصحيح من الاقوال فكانت
حرمة النكاح لغير شهود ثابتة في حقهم ولنا انهم دانوا النكاح بغير شهود
ان الكلام فيه وحق امرنا بان نتركهم وما يدينون الا ما استثنى من عمومهم
كالزنا وغير الزنا غير مستثنى منها فصح في حقهم كما يصح منهم وبيعهم
الخمر والخنزير وتمليكهما فلا نتعرض عليهم كما لا نتعرض في الخمر والخنزير
ولان الشهادة ليست شرط بقا النكاح على الصحة بدليل انه لا يبطل بموت
الشهود ولا يجوز ان يكون شرط ابتداء العقد في حق الكافر لان في الشهادة
معنى العبادة قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله فلا يؤخذ الكافر مراعاة
هذا الشرط في العقد ولان نصوص الكتاب مطلقة عن شرط الشهادة و
التقييد بالشهادة في حق المسلم ثبت بدليل فمن ادعى التقييد بما في حق
الكافر يحتاج الى الدليل واما قوله انهم بالذمة التزموا احكام الاسلام
فنعم لكون جواز انكحتهم بغير شهود من احكام الاسلام وقوله تحريم

النكاح بغير شهود عام ممنوع بل هو خاص في حق المسلمين لوجود الخصم
لاهل الذمة وهو عمومات النكاح الكتاب ولو تزوج ذمي ذمية في عدة من ذمي
جاز النكاح في قول ابي حنيفة وهذا والنكاح بغير شهود سواء عنده حتى
لا يتعرض عليهما بالتفريق وان تزافعا الينا ولو اسلما يقران على ذلك وقال
ابو يوسف ومحمد ولا ينفذ النكاح فاسد يفرق بينهما وجه قولهم على نحو ما
ذكرنا للزفر في النكاح بغير شهود وهو انهم يعتقدون اهل الذمة التزموا الكفا
ومن احكامنا المجمع عليه فساد نكاح المعتدة ولان الخطاب بتحريم نكاح المعتدة
عام قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله والكفار
يخاطبون بالحرمات وكلام ابي حنيفة رحمه الله على نحو ما تقدم ايضا لانا
في دياشتهم عدم وجوب العدة والكلام فيه فلم يكن هذا نكاح المعتدة
في اعتقادهم ونحن امرنا بتركهم وما يدينون وكذا عمومات النكاح
من الكتاب والسنة خطابه عن هذه الشرطة اعني الخلو عن العدة وانما
عرف شرطا في نكاح المسلمين بالاجماع وقوله تعالى ولا تعزموا عقدة
النكاح خطاب للمسلمين او يحمل عليه عملا بالدلايل كلها صيانة عن التناقض
ولان العدة فيهما معنى العبادة وهي حق الزوج ايضا من وجه قال الله تعالى
فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمن حيث هي عبادة لا يمكن ايجابها
على الكافرة ولان الكفار لا يخاطبون بشرايع هي عبادات او قربات وكذا من
حيث هي حق الزوج لان الكافر لا يعتقده حقا لنفسه بخلاف المسلم
اذا تزوج كتابية في عدة من مسلم انه لا يجوز لان المسلم يعتقد العدة حقا
واجبا فيمكن الايجاب لحقه ان كان لا يمكن لحق الله من حيث هي عبادة
ولهذا قلنا انه ليس للزوج المسلم ان يجبر امراته الكافرة على الغسل من
الجنابة والحيض والنفاس لان الغسل من باب العبادة وهي غير مخاطبة
بالعبادات وله ان يمنعها من الخروج من البيت لان الامساك حقه واما نكاح
المحارم والجمع بين خمس نسوة والجمع بين الاختين فقد ذكر الكرخي
ان ذلك كله فاسد في حكم الاسلام للاجماع لان فساد هذه الانكحة في حق

المسلمين

المسلمين ثبت لفساد قطيعة الرحم وخوف الجور في ايفاء الحقوق
من النفقة والسكنى والمكسوة وغير ذلك وهذا المعنى لا يوجب
الفصل بين المسلم والكافر الا انه مع الحرمة والفساد لا يتعرض
لهم قبل المرافعة وقبل الاسلام لانهم دانوا ذلك وتحمل امورنا بان
نتركهم وما يدينون كما لا يتعرض لهم في عبادة غير الله تعالى وان
كانت محرمة واذا تزافعا الي القاضي قاتقاضي يفرق بينهما
كما يفرق بينهما بعد الاسلام لانهما اذا تزافعا فقد تركا ما دانا به
ورضيا بحكم الاسلام ولقوله تعالى فان جاوك فاحكم بينهم
واما اذا لم يتزافعا ولم يوجد الاسلام ايضا فقد قال ابو حنيفة
ومحمد رحمهما الله انهما يقران على نكاحهما لا يتعرض عليهما
للتفريق وقال ابو يوسف رحمه الله يفرق بينهما الحاكم بينهما
اذا علم ذلك سواء تزافعا الينا او لم يتزافعا ولو رفع احدهما يفرق
بينهما اما الكلام في المسئلة الاولى فوجه قول ابي يوسف ظاهر
قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم بان يحكم بينهم بما انزله مطلقا عن شرط المرافعة وقد انزل
حرمة هذه الانكحة فيلزم الحكم بها مطلقا ولان الاصل في الشرايع
هو العموم في حق الناس كافة الا انه تعذر تنفيذها في دار الحرب
لعدم الولاية وامكن في دار الاسلام فيلزم التنفيذ فيما امكن النكاح
فاسدا والنكاح الفاسد زنا من وجه فلا يملكون منه كما لا يملكون
من الزنا في دار الاسلام ولابي حنيفة قوله تعالى فان جاوك فاحكم
بينهم او اعرض عنهم والاية حجة له في المسئلتين جميعا اما في المسئلة
الاولى فلانه شرط المجيء فكان حكم الشرط باقيا فيحمل المطلق على
المقيد لتعذر العمل بهما وامكان حمل المقيد بيانا للمطلق واما في المسئلة
الثانية فلانه شرط مجيئهم للحكم عليهم فاذا جاء احدهما دون الاخر فلم
يوجد الشرط وهو مجيئهم فلا حكم عليهم وروي ان رسول الله صلى الله عليه

الحاكم عليهم طائعة الخصم بين الحكمين
والاعراض لا ان تمام الفعل على ما بينا
التخيير في
شرط التخيير

وسلم كتب الى مجوس هجر اما ان تذروا الربا واما ذنوا بحرب من الله ورسوله
ولم يكتب اليهم في انكحتهم شيأ ولو كان التقرير سبقا قبل المراقعة لكتب
به كما كتب بترك الربوا وروي ان المسلمين لما فتحوا ابلاد فارس لم
يتعرضوا وما روي ان عمر رضي الله عنه كتب ان يفرقا بينهم وبين
امهاتهم لا يكاد يثبت لانه لو ثبت لنقل على طريق الاستفاضة لتوفر
الدواعي الى نقله فلما لم ينقل دل انه لم يثبت او يحمل على انه كتب
ثم رجع عنه ولم يعمل به ولان ترك التعرض والاعتراض ثبت حكما حقا
لهما فاذا رفع احدهما فقد اسقط حق نفسه فيبقى حق الاخر وجه
قول محمد انه لما رفع احدهما فقد رضي بحكم الاسلام فيلزمه اجراحكم
الاسلام في حقه فيتعدى الى الاخر كما اذا اسلم احدهما الا ان ابا حنيفة
رحمه الله يقول الرضي بالحكم ليس بنظير الاسلام بدليل انه لو رضي
ثم رجع عنه قبل الحكم عليه لم يلزمه حكم الاسلام وبعضنا اسلم لامكنه
ان يابى الرضي باحكام الاسلام واذا امكن ذلك امرا لا ارى ما ضروريا
فلا يتعدى الى غيره وجعل رضاه في حق الغير كالعدم بخلاف الاسلام
وذكر الامام القاضي ابو زيد رحمه الله ان نكاح المحارم صحيح فيما
بينهم في قول ابي حنيفة رحمه الله بدليل ان الذمي اذا تزوج بمحارمه
ودخل بها لم يسقط احصانه عنده لان الدخول في النكاح الفاسد
يسقط الاحصان كما في سائر الانكحة الفاسدة وكذلك لو ترافعا الينا
فطلبت المراة النفقة فان القاضي يقضي بالنفقة في قول ابي حنيفة
فدل ان نكاح المحارم وقع صحيحا فيما بينهم في حكم الاسلام واتفقوا على
انه لو تزوج حربي اختين في عقدة واحدة او على التعاقب ثم فارق
احدهما قبل الاسلام ثم اسلم ان نكاح الباقية صحيح ومعلوم ان الباقي
عين الثابت ولو وقع نكاحهما فاسدا حال وقوعه لما انقلب بعد الاسلام
وكذلك لو تزوج خمسا في عقد متفرقة ثم فارق الاولى منهن ثم اسلم
بقي نكاح الاربع على الصحة ولو وقع فاسدا من الاصل لما انقلب صحيحا

الدخول في النكاح الفاسد يسقط الاحصان

دار الاسلام دل كان يتاكد الفساد فثبت ان هذه الانكحة وقعت صحيحة
في حقهم في حكم الاسلام ثم يفرق بينهما بعد الاسلام لانه لا صحة في
حق الاسلام لو طلق الذمي امراته ثلاثا او خالعها ثم قام عليها كقيامه عليها
قبل الطلاق يفرق بينهما وان لم يتراضيا لان العقد قد بطل بالطلقات
الثلاث وبالخلع لانه يدين ذلك فكان اقراره على ذلك قياسه عليها
اقرار على الزنى وهذا لا يجوز ولو تزوج ذمي ذمية لا محرما لهما وذلك
في دينهم جائز صح ذلك ولا شيء لها في قول ابي حنيفة رحمه الله سواء دخل
بها او لم يدخل بها طلقها او ماتت عنها اسلم او اسلم احدهما وعند ابي يوسف
ومحمد لها مهر مثلها ان طلقها قبل الدخول بها او ماتت عنها تاكد ذلك وان
طلقها قبل الدخول بها وقبل الخلوة تسقط عنه المتعة كالمسلم ولو
تزوج حربي حربية في دار الحرب ان مهرها جائز ذلك ولا شيء لها في قو
جميعا والكلام في الجانبين على نحو ما ذكرنا في المسائل المتقدمة مما تقول
ان حكم الاسلام وقد لزم الزوجين الذميين بالتزامهما احكامنا ومن
احكامنا ان لا يجوز النكاح من غير مال بخلاف الحربيين لانهما ما التزما
احكامنا ثم ابو حنيفة رحمه الله يقول ان في دياناتهم جواز النكاح
بلا مهر ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون الا فيما وقع الاستثنا
في عهودهم كالزنا وهذا لم يقع الاستثناء عنه فلا يتعرض لهم ويكون
جائزا في حقهم في حكم الاسلام كما يجوز لهم في حكم الاستئمان
الخمور والخنازير وتمليكهما هذا اذا تزوجها ونفى المهر فاما اذا تزوجها
وسكت عن تسمية المهر بان تزوجها ولم يسم لها المهر فلها مهر المثل
في ظاهر رواية الاصل ان الذمي اذا تزوج ذميه بمثله او دم بغير شيء
ان النكاح جائز ولها مهر مثلها فظاهر قوله او بغير شيء يتقرر بالسكوت
عن التسمية لا بالنفي فدل على وجوب مهر المثل حال السكوت عن
التسمية ففرق ابو حنيفة بين السكوت وبين النفي وحكي عن الكرخي

انه قال قياس قول ابي حنيفة ان لا فرق بين حالة السكوت وبين النفي
ووجهه انه لما جاز النكاح في دياشتهم بمهر وبغير مهر لم يكن في نفس
العقد ما يدل على التزام المهر فلا بد لوجوبه من دليل وهو التسمية
ولم توجد فلا يجب بخلاف النكاح المسلمين لانه لا جواز له بدون المهر
فكان ذكر العقد التزاما للمهر ووجه الفرق بين السكوت وبين النفي
على ظاهر الرواية انه لما سكت عن تسمية المهر لم يعرف ديانة النكاح
بلا مهر فيحمل اقدامه على النكاح التزاما للمهر كما في حق المسلم واذا
نفى المهر نصا دل انه بنى النكاح ويعتقد جايزا بلا مهر فلا يلزمه حكم
نكاح اهل الاسلام بل يترك وما يدينه فمنوا العرق ثم ما صلح مهرا في
نكاح المسلمين فانه يصلح مهرا في نكاح اهل الذمة لا شك فيه لانه لما جاز
نكاحنا عليه كان نكاحهم عليه اجوز وما لا يصلح مهرا في نكاح المسلمين
لا يصلح مهرا في نكاحهم ايضا الا الخمر والخنزير لان ذلك مال متقوم في
حقهم بمنزلة الشاة والخل في حق المسلمين فيجوز ان يكون مهرا في حقهم
في حكم الاسلام فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم
احدهما فان كان الخمر او الخنزير بعينه ولم يقبض فليس لهما الا العين
وان كان لا بعينه بان كان في الذمة فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير
مهر مثلها وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لهما مثلهما
سواء كان بعينه او لا بغير عينه ولا خلاف في الخمر او الخنزير اذا كان دينا
في الذمة فليس لهما غير ذلك وجه قولهما في انه لا يجوز ان يكون لهما
العين ان الملك في العين وان ثبت لهما قبل الاسلام تمكن في القبض
معنى التمليك لانه موكد للملك لان ملكهما قبل القبض واه غير متاكد الا
ترى انه لو هلك عند الزوج كان الهلاك عليه وكذا لو تعيب ولو قبض
كان ذلك كله عليهما فثبت ان الملك قبل القبض غير متاكد فكان القبض
موكدا وكذا للملك والتاكيد واثبات من وجه فكان القبض تملكا من وجه

والمسلم

والمسلم ممنوع عن ذلك ولهذا لو اشترى ذمي من ذمي خمرا ثم اسلما او اسلم
احدهما قبل القبض ينتقض البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان المراة تملك المهر
قبل القبض ملكا تاما اذ الملك نوعان ملك رقبة وملك يد وهو ملك التصرف
ولا شك ان ملك الرقبة ثابت لها قبل القبض وكذلك ملك التصرف لانها
تملك التصرف في المهر قبل القبض من كل وجه فلم يبق الا صورة
القبض والمسلم غير ممنوع صورة عن قبض الخمر والخنزير وانما ممنوع
كما اذا غصب مسلم من مسلم خمرا ان الغاصب يكون مامورا بالتسليم والمغصوب منه يكون ماذونا له في القبض وكذا الذمي اذا غصب
من الخمر ثم اسلم ومسلم او دعه الذمي خمرا ثم اسلم الذمي ان له انما باخذ
الخمر من الوديع يبقى هذا القدر وهو انه دخل المهر في ضمانها بالقبض
لكن هذا لا يوجب ثبوت الملك لما لما ذكرنا ان ملكهما تام قبل القبض فما
ان دخوله في ضمانها امر عليهما فكيف يكون ملكا لهما بخلاف المبيع فان ملك
الرقبة وان كان ثابتا قبل القبض لملك التصرف لم يثبت وانما يثبت بالقبض
وفيه معنى التمليك والتملك والاسلام يمنع من ذلك هذا اذا كانا عينين
فان كانا دينين فليس لهما العين بالاجماع لان الملك في هذه العين التي
باخذها ما كان ثابتا لهما بالعقد بل كان ثابتا في العين في الذمة وانما يثبت
الملك في هذا العين بالقبض والقبض تملك من وجه والمسلم ممنوع
عن ذلك وجه قول ابي يوسف ان الاسلام لما منع القبض والقبض حكم العقد
صار كان المنع كائنا قبل وقت العقد فيصير ابي مهر المثل كما لو كانا عند العقد
مسلمين وجه قول محمد ان العقد وقع صحيحا والتسمية في العقد قد
صحت الا انه تعذر التسليم بسبب الاسلام لما في التسليم من التمليك
من وجه على ما بينا والمسلم ممنوع عن ذلك فيوجب القيمة كما لو هلك
المسمى قبل القبض وابو حنيفة رحمه الله يوجب القيمة في الخمر لما قاله
محمد وهو القياس في الخنزير ايضا الا انه استحسن في الخنزير واوجب مهر

غصب المخمر من مسلم

المثل لان الخنزير حيوان ومن تزوج امراة على حيوان في الذمة تخير بين تسليمه
وبين تسليم قيمة الوسط منه بل القيمة هي الاصل في التسليم لان الوسط
يعرف بها على ما ذكرنا فيما تقدم فكان لها قيمة الخنزير بعد الاسلام حكم
بقا الخنزير ومن وجه ولا سبيل الى بقا العين بعد الاسلام فلا سبيل الى
بقا القيمة بخلاف الخمر لان قيمتها لم تكن واجبة قبل الاسلام الا ترى
انه لو جا الزوج بالقيمة لا يجبر المراة على القبول فلا يكون لبقايا
حكم بقا الخمر من وجه كذلك افترقا اكله اذا لم يكن المهر معتوضا قبل
الاسلام فان كان معتوضا فلا شئ للمراة لان الاسلام وجد في مبيع
رد والحرام معتوض بالاعتياض بالعفو لان الملك قد ثبت على سبيل
الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر فلا يثبت بعد الاسلام ملك
وانما يوجد دوام الملك والاسلام لا ينافيه كمسلم تحته عصيره انه لا يؤمر
بابطال ملكه فيهما وكما في نزول تحريم الربوا وروي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة ابطل من الربا ما لم يقبض ولم يتعرض
لما قبض بالنسخ وهو احد قولي ابان قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اتقوا
الله وذروا ما بقي من الربوا الاية امر بترك ما بقي من الربوا والامر بترك
ما بقي من الربوا هو النهي عن قبضه والله اعلم ولو تزوجها على ميتة
او دم ذكر في الاصل ان لها مهر مثلها وذكر في الجامع الصغير انه لا شئ لها
ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل ما ذكر في الاصل على الذميين وما
ذكر في الجامع الصغير على الحربيين ومنهم من جعل في المسئلة روايتين
وجه رواية الاصل انه لما تزوجها على الميتة والدم فلم ترض باستحقاق
بضعها الا ببدل وقد تعذر استحقاق المسمى لانه ليس بمال في حق احد
فكان لها مهر المثل كالمسلمة وجه رواية الجامع الصغير انها لما رضيت با
لميتة مع انها ليست بمال كان ذلك منها دلالة الرضى باستحقاق بضعها
بغير عوض اصلا كما اذا تزوجها على ان لا مهر لها والله اعلم

ثم

ثم كل عقد اذا عقده الذمي كان فاسدا فاذا عقده الحربي كان فاسدا ايضا ٩٠
لان المعنى المفسد لا يوجب الفصل بينهما وهو ما ذكرنا فيما تقدم
ولو تزوج كافر خمس نسوة او باختين ثم اسلم فان كان تزوجهن
في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقد متفرقة
صح نكاح الاربع وبطل نكاح الخامسة وكذا في الاختين يصح نكاح
الاولى وبطل نكاح الثانية وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يختار من الخمس اربعا ومن الاختين واحدة سواء تزوجهن
في عقدة واحدة او في عقد استحسانا وبه اخذ الشافعي احتج محمد
بما روي ان غيلان اسلم وتحته عشر نسوة فامره رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان يختار منهن اربعا وروي ان قيس بن الحارث اسلم وتحته ثمان
نسوة وامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعا وروي ان
فيروز الديلمي اسلم وتحته اختان فخيره النبي صلى الله عليه وسلم
بينهما ولم يستفسر ان نكاحهن كان دفعة واحدة او على الترتيب ولو كان
الحكم يختلف لاستفسر فدل ان حكم الشرع فيه هو التخيير مطلقا ولابي
حنيفة وابي يوسف ان الجمع محرم على المسلم والكافر جميعا لان حرمة
تثبت لمعنى معقول وهو خوف الجور في الباقيات حتى لو تزوج خمسا والا فضا الى
قطع الرحم على ما ذكرنا فيما تقدم وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم
والكافر الا انه لا يتعرض لاهل الذمة مع بقا الحرمة لان ذلك دياشتهم وهو
غير مستثنى من عمود هم وقد غنينا عن التعرض لهم في مثله لبذا عطا
الذمة وليس لنا ولاية التعرض لاهل الحرب فاذا اسلم فقد زال المانع
فلا يمكن من استيفا الجمع بعد الاسلام فاذا كان تزوج الخمس في عقده
واحدة فقد حصل نكاح كل واحدة منهن جميعا اذ ليست احداهن
باولى من الاخرى والاسلام يمنع من ذلك ولا مانع من التفريق فيفرق
فاما اذا كان تزوجهن على الترتيب في عقد متفرقة فنكاح الاربع منهن
هو وقع صحيحا لان الحرمة بمادة التزوج باربع نسوة سواء كان او كافرا

ولم يصح نكاح الخامسة لحصوله جمعا فيفرق بينهما بعقد الاسلام وكذلك
اذا كان تزوج الاختين في عقدتين فنكاح الاولى وقع صحيحا لانه لا مانع
من الصحة وبطل نكاح الثانية لحصوله جمعا فلا بد من التفريق
بعد الاسلام واما الاحاديث ففيها اثبات الاختيار للزوج المسلم
لكن ليس فيها ان له ان يختار ذلك بالنكاح الاول او بنكاح جديد فلا
يحتمل انه اثبت له الاختيار ليجدد العقد عليهن ويحتمل انه اثبت له
الاختيار ليمسكهن بالعقد الاول فلا تكون حجة مع الاحتمال مع انه
تدروي ان ذلك قبل تحريم الجمع فانه روي في الخبر ان غيلان اسلم
وتحته عشر نسوة تزوج في الجاهلية وروي عن محمول انه قال كان ذلك قبل
نزول العزايض وتحريم الجمع ثبت بسورة النساء الكبرى وهي مدنية
وروي ان فيروز لما هاجر الى النبي صلى الله عليه وسلم قال له ان تحتي
اختين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجع فطلق احديهما ومعلوم
ان الطلاق انما يكون في النكاح الصحيح فدل ان ذلك العقد وقع صحيحا
في الاصل فدل انه كان قبل تحريم الجمع ولا كلام فيه وعلى هذا الخلاف اذا
تزوج الحربي باربع نسوة ثم سبي وهذا هو وسبين معه ان عند ابي
حنيفة رابي يوسف يفرق بينه وبين الكل سواء تزوجهن في عقدة
واحدة او عقدة متفرقة لان نكاح الاربع وقع صحيحا لانه كان حرا
وقت النكاح والحر يملك التزوج باربع نسوة مسلما كان او كافرا الا انه
الاستيفاء بعد الاسترقاق لحصول الجمع من الصيد في حالة البقاء بين اكثر من
اثنتين فالعبد لا يملك ذلك والاستيفاء يقع لكما بين الكل فيفرق بينه
وبين الكل ولا يخير فيه كما اذا تزوج رضيعتين فارضعتهما امرأة بطل //
نكاحهما ولا يخير كذا هنا وعند محمد يخير فيه فيختار اثنتين شئن كما يخير
الحر في اربع من نسائه واله الموفق ولو كان تزوج الحربي اما وبنتها ثم
اسلم فان كان تزوجهما في عقدة واحدة فنكاحهما باطل وان تزوجهما
متفرقا فنكاح الاولى جايز ونكاح الاخرى باطل في قول ابي حنيفة

رابي يوسف

91

ابي يوسف كما قالا في الجمع بين الخمس والجمع بين الاختين وقال محمد
نكاح البنت هو الجايز سواء تزوجهما في عقدة واحدة او عقدتين
ونكاح الام باطل لانه مجرد عن الام لا يحرم البنت وهذا اذا لم يكن
دخل بواحدة منهما ولو انه دخل بهما جميعا فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع
وان كان دخل باحدهما فان دخل بالاولى ثم تزوج الثانية
فنكاح الاولى جايز ونكاح الثانية باطل بالاجماع لان الدخول
يوجب التحريم سواء دخل بالام او بالبنت ولو لم يدخل بالاولى
ولكن دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتها والثانية امها فنكاحهما
جميعا باطل بالاجماع لان نكاح البنت يحرم الام والدخول بالام
يحرم البنت ولو تزوج الام اولا ولم يدخل بها ثم تزوج البنت ودخل
بها فنكاحهما جميعا باطل في قول ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل
له ان يتزوج البنت ولا يحل له ان يتزوج الام وعند محمد نكاح
البنت هو الجايز وقد دخل بها وهي امرأته ونكاح الام باطل
والله اعلم **فصل** واما شرايط اللزوم فنوعان
في الاصل نوع هو شرط وقوع النكاح لازما ونوع هو شرط
بقايه على اللزوم اما الاول فانواع منها ان يكون الولي في نكاح
الصغير والصغيرة هو الاب والجد وان كان غير الاب والجد
كالاخ والعم لا يلزم النكاح حتى يثبت لهما بعد البلوغ الخيار
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا ليس
بشرط ويلزم نكاح غير الاب والجد من الاولياء حتى لا يثبت
لهما الخيار وجه قول ابي يوسف ان هذا نكاح صدر عن
ولي فيلزم كما اذا صدر عن الاب والجد وهذا لان ولاية
الانكاح ولاية نظر وحق المولى عليه فيدل ثبوتها على
حصول النظر وهذا جميع تثبت الخيار لان الخيار لو ثبت
انما يثبت لتوفي الضرر والضرر فلا يثبت الخيار وهذا لم يثبت

في انكاح الاب والجد كذا هذا ولهما ما روي ان قدامة بن مظعون زوج بنت
اخيه عثمان بن مظعون من عبد الله بن عمر رضي الله عنهم فخيرها رسول
الله صلى الله عليه وسلم بعد البلوغ فاختارت نفسها حتى روي ان ابن
عمر رضي الله عنهما قال انها اشرعت مني بعد ما ملكتها وهذا نص في
الباب ولان اصل القرابة ان كان بدل على اصل النظر لكونه دليلا على اصل الشفقة
فتصورها يدل على قصور النظر لقصور الشفقة بسبب بعد القرابة
فيجب اعتبار اصل القرابة باثبات اصل الولاية واعتبار القصور باثبات
الخيار تكميلا للنظر وتوفيرا على حق الصغير بنفي التقصير لوقوع
ولا يتوهم التقصير في انكاح الاب والجد لوفور شفقتهما لذلك
لزم انكاحهما ولا يلزم نكاح الاخ والعم على ان القياس في انكاح
الاب انه لا يلزم الا انهم استحسنوا في ذلك لما روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج عائشة رضي الله عنها وبلغت
لما يعلمها بالخيار بعد البلوغ ولو كان الخيار ثابتا لهما وذلك حقهما لا
علمهما به وهل يلزم اذا زوجهما الحاكم ذكر في الاصل ما يدل على انه لا يلزم
وانه قال اذا زوجهما غير الاب والجد فلهما الخيار والحاكم غير الاب
والجد وهكذا قال محمد رحمه الله ان لهما الخيار وروى خالد بن صبيح
المروزي عن ابي حنيفة انه لا خيار لهما وجه هذه الرواية ان ولاية
الحاكم اعم من ولاية الاخ والعم لانه يملك التصرف في النفس والمال
جميعا فكانت ولايته شبيهة بولاية الاب والجد ولا يتهما ملزمة كذا
ولاية الحاكم وجه رواية الاصل ان ولاية الاخ والعم اقوى من ولاية
الحاكم اولى واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما وهو اختيار النكاح او
الفرقة فيقع الكلام بعد هذا في موضعين احدهما في بيان وقت
ثبوت الخيار والثاني في بيان ما يبطل به الخيار اما الاول فالخيار الذي
يثبت بعد البلوغ لا قبله فيثبت الخيار بعد البلوغ لا قبله واما الثاني
فما يبطل به الخيار نوعان نص ودلالة اما النص فنوعان الرضي

ما يبطل الخيار

بالنكاح

بالنكاح كخوان يقول رضيت بالنكاح او اخترت النكاح او اجزته
وما يجري هذا المجرى فيبطل خيار الفرقة ويلزم النكاح واما
الدلالة فتحمل السكوت من البكر عقيب البلوغ لان سكوت البكر
دليل الرضى بالنكاح لما ذكرنا فيما تقدم ان البكر لغلبة حيائها
تستحي عن اظهار الرضى بالنكاح واما سكوت الثيب بان كان و
طيها قبل البلوغ فبلغت وهي ثيب فسكتت عقيب البلوغ فلا يبطل
به الخيار لانها تستحي عن اظهار الرضى بالنكاح عادة لان بالثيابة
قد حيا وها فلا يصلح سكوتها دليلا على الرضى بالنكاح فلا يبطل
خيارها الا بصريح الرضى بالنكاح او بفعل او قول يدل على الرضى
نحو التمكين من الوطي ولطلب المهر والنفقة وغير ذلك وكذا سكوت
الغلام عقيب البلوغ لان الغلام لا تستحي عن اظهار الرضى بالنكاح
اذ ذاك دليل الرجولية فلا يسقط خياره الا بنص كلامه او بما يدل
على الرضى بالنكاح من الدخول بها وطلب التمكين منها وادرار
النفقة عليهما وغير ذلك ثم العلم بالنكاح شرط بطلان الخيار من
طريق الدلالة حتى لو لم تكن عالمة بالنكاح لا يبطل الخيار لان
بطلان الخيار لوجود الرضى منهما دلالة والرضى بالشيء قبل
العلم به لا يتصور اذ هو استحسان الشيء ومن لم يعلم بشيء
كيف يستحسنه واذا علمت بالنكاح ووجد منها دليل الرضى با
لنكاح بطل خيارها ولا يمتد هذا الخيار الى آخر المجلس بل يبطل
بالسكوت من البكر بخلاف خيار العتق وخيار المخيرة لان التخيير
هناك وجد من العبد وهو الزوج والمولى اما في الزوج فظاهر
وكذا في الولي لان الخيار يثبت بالحال لعتق والعتق حصل باعتاقه
والتخيير من العبد تمليك فيقتضي جوابا في المجلس كخيار القبول
في البيع بخلاف خيار البلوغ لانه ما ثبت بصنع العبد بل باثبات الشرع

تقرير الرضى

فلم يكن مملكا فلا يمتد الى خيار المجلس وان لم تكن عالمة بالنكاح فلها الخيار
حتى يعلم بالنكاح ثم خيار البلوغ يثبت للذكر والانثى وخيار العتق
لا يثبت وخيار العتق لا يثبت الا للمعتقة لان خيار البلوغ يثبت لنقصور
الولاية وذا لا يختلف بالذكورة والانوثة وخيار العتق يثبت لزيادة الملك
عليهما بالعتق وذا يختص بهما وكذا خيار البلوغ للذكر والانثى اذا كانت
الانثى ثيبا لا يبطل بالقيام عن المجلس وخيار العتق والمخيرة يبطل
والفرق على نحو ما ذكرنا بين خيار البكر وبين خيار العتق وخيار
المخيرة ان الاول يبطل بالسكوت والثاني لا يبطل واما العلم بالنكاح
فليس بشرط للجهل به ليس بعذر لان دار الاسلام دار العلم بالشرايع
فيمكن الوصول اليهما بالتعلم فكان الجهل بالخيار في غير موضعه
فلا يعذر ولهذا لم يعذر العوام في دار الاسلام بجهلهم بالشرايع
بخلاف خيار العتق ان العلم بالخيار هناك شرط والجهل به عذر
وان كان دار الاسلام دار العلم بالشرايع والاحكام لان الوصول
اليهما ليس من طريق الضرورة بل بواسطة التعلم والامة
لا يتمكن للتعلم لاعما لا تتفرغ لذلك لاشتغالها بخدمة مولاها
بخلاف الحرة اذا اختارت احدهما العتقة لا تثبت الا بقضاء القاضي بخلاف
خيار العتق ان المعتقة اذا اختارت نفسها ثبتت الفرقة بغير قضاء
القاضي ووجه الفرق ان اصل النكاح ها هنا ثابت وحكمه نافذ وانما
الثابت وصف الكمال وهو صفة اللزوم فكان الفسخ من احد
الزوجين رفع الاصل بفوات الوصف وفوات الوصف لا يوجب
لا يوجب رفع الاصل لما فيه من جعل الاصل تبعا للوصف وليس له
هذه الولاية وبه حاجة الى ذلك فلا بد من رفعه الى من له الولاية
العامة وهو القاضي لرفع النكاح دفعا لحاجة الصغير ونظر الخلاف
خيار العتق لان الملك ازداد عليهما بالعتق ولها ان لا ترضى بالزيادة
فكان لها ان تدفع الزيادة ولا يمكن دفعها الا برفع ما كان ثابتا

فيندفع

فيندفع الثابت ضرورة دفع الزيادة وهذا ممكن اذ ليس لبعض الملك
تابعا للبعض فلا تتم الحاجة الى قضاء القاضي عند عدم التراضي منهما
وتكثير المتحملين الرد بالعيب قبل القبض وبعده اذ الاول يثبت
بدون قضاء القاضي والثاني لا يثبت عند عدم التراضي منهما الا
بقضاء القاضي والله اعلم ولو زوج ابنته ابن اخيه فلا خيار بالاجماع
لان النكاح صدر عن الاب واما ابن الاخ فله الخيار في قول ابي حنيفة
ومحمد لصدور النكاح عن العم وعند ابي يوسف لا خيار والمسئلة
قد مرت ولو اعتقت امته ثم زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ
لان ولاية الولاء بدون ولاية القرابة فلما ثبت للخيار ثمة فلان يثبت
هاهنا اولى ولو زوجها ثم اعتقها وهي صغيرة فلها اذا بلغت
خيار العتق لا خيار البلوغ لان النكاح صادف فيها وهي رقيقة

فصل

ومنها كفاءة الزوج في انكاح المرأة العاقلة البالغة
نفسها من غير رضى الاولياء بعد ما تكلمنا فيتبع الكلام في هذا الشرط
في اربعة مواضع احدها في بيان ان الكفاءة في باب النكاح هل هي
شرط لزوم النكاح في الجملة ام لا والثاني في بيان النكاح الذي الكفاءة
من شرط لزومه والثالث في بيان ما يعتبر فيه الكفاءة والرابع في بيان
من يعتبر له الكفاءة اما الاول فقد قال عامة العلماء انها شرط وقال
الكرخي ليست بشرط اصلا وهو قول مالك وسفيان الثوري والحسن
البصري واحتجوا بما روي ان ابا طيبة خطب الى بني بياضة فابوا
ان يزوجوه فقال النبي صلى الله عليه وسلم انكحوا ابا طيبة خطب
الى بني بياضة الا تفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد كبير وروي
ان بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله يامركم
ان تزوجوني امرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عند عدم الكفاءة ولو
كانت معتبرة لما امر لان التزويج من غير الكفو عليه مامور به وقاله

الكفاءة شرط

صلى الله عليه وسلم ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى وهذا نص والان
الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان اولى الابواب بالاعتبار باب
الدماء لانه يحتاط فيه مالا يحتاط في سائر الابواب ومع هذا لم يعتبر
حتى تقتل الشريف بالوضيع فما هنا اولى والدليل عليه اعتالم تعتبر
في جانب المرأة فكذا في الزوج ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر
اقل من عشرة ولان مصالح النكاح تحتمل عدم الكفاءة لانها لا تحصل
الا بالاستفراش والمرأة تستنكف عن استفراش غير الكفوء
لتغير بذلك فتحتمل المصالح ولان الزوجين يجري بينهما مساسطات
في النكاح لا يبقى النكاح بدونها عادة والتحمل من غير الكفو
امر صعب ثقيل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة
فلزم اعتبارها ولا حجة لهم في الحديثين لان الامر بالتزويج تحتمل
ان كان ندبا لهم الى الافضل اعتبار الدين والاقتصار عليه ويحتمل
انه كان امر ايجاب امرهم بالتزويج منهما مع عدم الكفاءة تخصيصا
لهما بذلك كما خص ابا بردة والمتملكين من سرب دمه صلى الله عليه وسلم
لخص بجزيمة بقبول شهادته وحده وبخوذلك ولا شركة في موضع
الخصوصية حملنا الحديثين على ما قلنا توفيقا بين الدلايل واما الحديث
الثالث فالمراد به احكام الاخرة اذ لا يمكن حمله على احكام الدنيا للظهور
فضل العربي على العجمي في كثير من احكام الدنيا فيحمل على احكام الاخرة
وبه نقول والقياس على القصاص غير سديد لان القصاص شرع
لمصلحة الحيوة واعتبار الكفاءة فيه يودي الى تفويت هذه المصلحة لان كل
واحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافيه فتفوت المصلحة المطلوبة من
القصاص وفي اعتبار الكفاءة في باب النكاح تحقيق المصلحة المطلوبة
من النكاح من الوجه الذي بينا فبطل الاعتبار وكذا الاعتبار بجانب المرأة
لا يصح ايضا لان الرجل لا يستنكف عن استفراش المرأة الدنية لان الاستنكاف

من

من المستفرش والزوج مستفرش فيستفرش الوطي والخشن
واما الثاني فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه هو انكاح المرأة نفسها
من غير كفو من غير رضي الاولياء حتى لو زوجت نفسها من غير كفو ومن
غير رضي الاولياء فللاولياء حق الاعتراض لان الكفاءة حق للاولياء
لانهم يتضررون بما الاعتراض انهم يتعيرون بفساد الخاتن وتشيد
بدناة نسبة فيتضررون بذلك فكان لهم ان يدفعوا الضرر عن انفسهم
بالاعتراض كالمستحق اذا باع الشخص المشفوع ثم جاء الشفيع كان
له ان يفسخ البيع ويأخذ المبيع بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه
كذا هذا ولو كان التزويج برضاهم يلزم حتى لا يكون لهم حق الاعتراض
لان التزويج من المرأة تصرف من الاهل في محل هو خالص حقها
وهو نفسها وامتناع اللزوم كان لحقهم المتعلق بالكفاءة فاذا رضوا
فقد اسقطوا حق انفسهم وهو من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط
فيسقط ولو رضي به بعض الاولياء سقط حق الباقين في قول ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف لا يسقط وجه قوله ان حقهم في الكفاءة ثبت مشتركا
بين الكل فاذا رضي به احدهم فقد اسقط حق نفسه فلا يسقط حق
نفسه فلا يسقط حق الباقين كالدين اذا وجب لجماعة فابرأ بعضهم
لا يسقط حق الباقين لما قلنا كذا هذا ولان رضي احدهم لا يكون اكثر
من رضاها فاذا زوجت نفسها من غير كفو بغير رضاهم لا يسقط
حق الاولياء برضاها فلان لا يسقط برضي احدهم اولى ولهما انهما
حق واحد لا يتجزي ثبت بسبب لا يتجزي وهو القرابة واسقاط
بعض ما لا يتجزي اسقاط للكل لانه لا بعض له واذا اسقطه واحد
منهم لا يتصور تقاوه في حق الباقين كالقصاص اذا وجب لجماعة
فعفى احدهم عنه لسقط حق الباقين كذا هذا ولان حقهم في الكفاءة ما
ثبت لعينه بل لدفع الضرر والتزويج من غير كفو وقع اضرارا بالاولياء
من حيث الظاهر وهو ضرر عدم الكفاءة فالظاهر انه لا يرضى به احدهم

رضا بعض الاولياء

الا لقدر له لمصلحة خفية هي اعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها وعقل
عنها الباقون لولاها لما رضي وهي دفع ضرر الوقوع في الزنى على تقدير الفسخ
واما قوله الحق ثبت مشتركا بينهم فنقول على الموجب ثبت لكل واحد
منهما على الكمال كان ليس معه غيره لان ما لا يتجزى لا يتصور فيه الشركة
كحق القصاص وللامان بخلاف الدين فانه متجزي فيتصور فيه الشركة
بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفو بغير رضى الولي لان هناك
الحق متعدد وحقها خلاف جنس حقهم لان حقها في نفسها وفي نفس
العقد ولا حق لهم في نفسها ولا في نفس العقد وانما حقهم في دفع الشين
عن انفسهم واذا اختلف جنس الحق فسقوط احدهما لا يوجب سقوط
الاخر واما على الوجه الثاني فسلم لكن هذا تسليم الحق ما ثبت لعينه
بل لدفع الضرر وفي ابقايه لزوم على الضررين فيسقط ضرورة وكذلك الاولياء
من غير كفو برضاها من غير رضى الباقين يجوز عند عامة العلماء خلافا لمالك
بنا على ان ولاية النكاح ولاية مستقلة لكل واحد منهم عندنا وعنده ولاية
مشتركة وقد ذكرنا المسئلة في شرايط الجواز وهل يلزم قال ابو حنيفة ومحمد
يلزم وقال ابو يوسف وزفر والشافعي لا يلزم وجه قولهم على نحو ما ذكرنا
فيما تقدم ان الكفاءة حق ثبت للكل على الشركة واحد الشريكين اذا
اسقط حق نفسه لا يسقط حق صاحبه كالدين المشترك وجه قولنا
ان هذا حق واحد لا يتجزى ثبت بسبب لا يتجزى ومثل هذا الحق اذا
ثبت لجماعة ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره هو
كالقصاص وللامان ولان اقدامه على النكاح مع كمال الراي برضاها
مع التزام ضرر ظاهر بالقبيلة وبنفسه وهو ضرر عدم الكفاءة بالحقوق
العار والشين دليل كونه مصلحة في الباطن وهو استدلال على دفع ضرر
اعظم من ضرر عدم الكفاءة وهو ضرر عار الزنى او غيره لولاه لما فعل واما
انكاح الاب والجد الصغير والصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط
اللزوم عند ابي حنيفة وليست بشرط الجواز عنده فيجوز ذلك ويلزم

لصدوره

لصدوره ممن له كمال النظر لكمال الشفقة بخلاف انكاح الابعد
والعم من غير الكفوانه لا يجوز بالاجماع لانه ضرر محض على ما بينا
في شرايط الجواز واما انكاحهما عن الكفو فجايز عندنا خلافا للشافعي
لكنه غير لازم عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لازم والمسئلة
قد مرت

فصل واما بيان ما يعتبر فيه الكفاءة اشيا منها النسب
والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفا لبعض
والعرب بعضهم اكفا لبعض حي بحي وقبيلة بقبيلة والموالي
بعضهم اكفا لبعض على اختلاف قبائلهم حتى يكون القرشي الذي ليس
بهاشمي كالتيمي والاموي والعدوي وغير ذلك كفوا للهاشمي لقوله
صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفا لبعض وقريش يشتمل
على بني هاشم والعرب بعضهم اكفا لبعض بالنص ولا يكون العرب كفوا
لقريش لفضيلة قريش على سايرالعرب ولذلك اختصت الامامة بهم قال
النبي صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش بخلاف القرشي انه يصلح //
للهاشمي واذا كان الهاشمي من الفضيلة ما ليس للقرشي لان الشرع
اسقط اعتبار تلك الفضيلة في باب النكاح عرفنا ذلك بفعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم زوج ابنته من عثمان رضي الله عنه وكان امريا
لها هاشميا وزوج علي رضي الله عنه ابنته من عمر رضي الله عنه ولم يكن
هاشميا بل عدويا فدل ان الكفاءة في قريش لا تخص بعض دون بعض
واستثنى محمد رحمه الله بيت الخلافة فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي
كفوا له ولا يكون الموالي كفا للعرب لفضل العرب على العجم والموالي بعضهم
اكفا البعض بالنص وموالي العرب اكفا الموالي قريش لعموم قوله والموالي
بعضهم اكفا البعض رجل برجل ثم مفاخرة العجم بالاسلام لا بالنسب
فمن له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان فصاعدا في الاسلام
ومن له ابوان في الاسلام لا يكون كفوا لمن له اب كثيرة في الاسلام لان تمام

ما يعتبر به الكفاءة

التفريق بالجد والزيادة لها ذلك لا نهاية لها وقيل هذا اذا كان في موضع
قد طالت عهدة بالاسلام واما اذا كان في موضع كان عهد الاسلام قريبا
بحيث لا تغير بذلك ولا يعد عيبا يكون بعضهم كفوا لبعض لان التغير اذا لم
يخرج ذلك ولم يعد عيبا لم يلحق الشين والنقيصة فلا يتحقق القدر

ومنها الحرية لان الرق نقص والشين بالرق فوق النقص
والشين بدناءة النسب فلا يكون الفتى والمدبر والمكاتب كفوا للحرة بحال
ولا يكون مولى العتاقة كفوا لحرة الاصل ويكون كفوا لمثله لان التفاخر
يقع بالحرية الاصلية والتغيير يجري بالحرية العارضة المستفادة
بالاعتاق وكذا من له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان
فصاعدا في الحرية ومن له ابوان في الحرية كان كفوا لمن له اربا
كثيرة في الحرية لما في اسلام الاربا ان اصل التفريق بالاب وتمامه
بالجد وليس وراء التمام شيء وكذا مولى الوضيع لا يكون كفوا للمولاة
الشريف الشريف حتى لا يكون العربي كفوا للمولاة بني هاشم لشرفها
من مولى العربي كان لمن تحقق حق الاعتراض لان الولاء بمنزلة النسب
قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والله اعلم

ومنها المال فلا يكون الفقير كفوا للغنية لان التفاخر بالمال
اكثر من التفاخر بغيره عادة وخصوصا في زماننا هذا ولان للنكاح
تعلقا بالمهر والنفقة تعلقا لازما غالبا لا يجوز بدون المهر والنفقة
لازمة ولا تعلق له بالنسب والحرية فلما اعتبرت الكفاءة ثم فلان تفقير
هاهنا اولا والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها والنفقة ولا تفتير
الزيادة على ذلك حتى ان الزوج اذا كان قادرا على مهر مثلها
ونفقتها يكون كفوا لها وان كان لا يسيرا ويسارا في المال هكذا روي
عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله في ظاهر الروايات
وذكر في غير رواية الاصول ان تساويهما في الغنى شرط تحقق
الكفاءة في قول ابي حنيفة خلافا لابي يوسف لان التفاخر

يقع

يقع بالغنى عادة والصحيح هو الاول لان الغنى لا ثبات له لان المال غاد
ورائح فلا التفاوت المساواة في الغنى ومن لا يملك مهرا ولا نفقة لا يكون كفوا
لان المهر عوض ما يملك بعقد النكاح فلا بد من القدرة عليه والازواج
بالنفقة فلا بد من القدرة عليها ولان من لا قدرة له على المهر والنفقة
فليستمهر ويستمهل في العادة كمن له نسب دني فيختل المصالح كما
يختل عند دناءة النسب وقيل المراد من المهر قدر المعجل عرفا وعادة دون
ما في الذمة لان ما في الذمة يسامح فيه بالتاخير الى وقت اليسار
ولا يطالب به للحال عادة والمال غاد ورائح وروي عن ابي يوسف
انه اذا ملك النفقة يكون كفوا وان لم يملك المهر هكذا روي الحسن بن
ابي مالك عنه فانه روى عنه انه قال سالت ابا يوسف عن الكفو
فقال الذي يملك المهر والنفقة فقلت فان كان يملك المهر دون النفقة
فقال لا يكون كفوا قلت فان ملك النفقة دون المهر فقال يكون كفوا
وانما كان كذلك لان المرء قد يقدر على المهر بقدرة ابيه عادة ولا يعد
قادرا على النفقة بقدرة ابيه لان الاب يتحمل المهر الذي على ابنه ولا
يتحمل المهر الذي على ابنه ولا يتحمل نفقة زوجته عادة وقال بعضهم
اذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فانه يكون كفوا وان كان لا يملك
من المال الا قدر النفقة لما ذكرنا ان المهر يجري فيه المسامحة بالتاخير
الى وقت اليسار والمال يفيد ويروح **فصل** ومنها الدين في قول
ابي حنيفة وابي يوسف حتى ان امراة من بنات المصالحين اذا زوجت
نفسها من فاسق كان للاولياء حق الاعتراض عليها لان التفاخر با
لدين احق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتغيير بالفسق
اشد وجوه التغيير وقال محمد لا تعتبر الكفاءة في الدين لان هذا من امور
الاخرة والكفاءة من احكام الدنيا ولا يقدح فيها الفسق الا اذا كان
شنيعا فاحشا بان كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه ويصنع
فان كان ممن يعاب بان كان اميرا فانه لا يكون كفوا فان كان كذلك يكون مستترا

فصل واما الحرفة فقد ذكر الكرخي ان الكفاءة في الحرف والصناعات معتبرة عند ابي يوسف فلا يكون الحائك كفوا للجوهري والصيرفي وذكر ان ابا حنيفة رحمه الله بني الامر فيهما على عادة العرب انهم لا يعملون هذه الاعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها واجاب ابو يوسف على عادة اهل البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة فيعيرون بالدني من الصنايع فلا يكون بينهما خلاف في الحقيقة وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اعتبار الكفاءة في الحرفة ولم يذكر الخلاف فشبهت الكفاءة بين المحترفين من جنس واحد كالبزاز مع البزاز والحائك مع الحائك ويثبت عنده اختلاف جنس الحرف اذا كان يقارب بعضها بعضا كالبزاز مع الصايغ مع القطان والحائك مع الحجام والحاجم مع الدباغ ولا يثبت فيما لا مقاربة بينهما كالقطان مع البيطار والبزاز مع الخراز وذكر في بعض نسخ الجامع ان الكفاءة في الحرفة معتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف غير معتبر الا ان تكون فاحشة كالحياكة والحجامة والدباغة ويجوز ذلك لانها ليست بامر لازم واجب الوجوه الاترى انه يقدر على تركها وهذا يشكل بالحياكة واخواتها فانه قادر على تركها ومع هذا القدح في الكفاءة والله الموفق واهل الكفر بعضهم اكفاء لبعض لان اعتبار الكفاءة لدفع النقيصة والنقيصة اعظم من الكفر **فصل** واما بيان من تعتبر له الكفاءة فالكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال على معنى انه تعتبر الكفاءة في جانب الرجال للنساء ولا تعتبر في جانب النساء للرجال لان النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة وكذا المعنى الذي شرعت له الكفاءة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم لان المرأة هي التي تستنكف لا الرجل لانها هي المستفرشة فاما الزوج فمستفرش فلا يلحقه الا نقصة من قبلها ومن مشايخنا من قال الكفاءة من جانب النساء معتبرة ايضا عند ابي يوسف ومحمد استدلالا بمسئلة ذكرها في الجامع

الصغير

الصغير في باب الوكالة وهي ان امير امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره قال جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز ولا دلالة في هذه المسئلة على ما زعموا لان عدم الجواز عندهما يحتمل ان يكون لمعنى آخر وهو ان من اصلهما ان التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة وينصرف الى المتعارف كما في الوكيل بالبيع المطلق ومن اصل ابي حنيفة رحمه الله انه يجري على الاطلاقه في غير موضع الضرورة والتهمة ويحتمل ان يكون عدم الجواز عندهما لاعتبار الكفاءة في تلك المسئلة خاصة حملا للمطلق على المتعارف كما هو اصلهما ان المتعارف هو التزوج بالكفوء فاستحسنا اعتبار الكفاءة فيما بينهن في مثل تلك الصورة لكان العرف والعادة وقد نص محمد رحمه الله على القياس والاستحسان في تلك المسئلة في وكالة الاصل فلم تكن هذه المسئلة دليلا على اعتبار الكفاءة فيما بينهن اصلا عندهما ولا يكون دليلا على ذلك الاطلاق في تلك الصورة خاصة استحسانا للعرف ولو اظهر رجل نسبه لامرأة فزوجت نفسها منه ثم ظهر نسبه على خلاف ما اظهره فالامر لا يخلو اما ان يكون المكتوم مثل المظهر واما ان يكون اعلا منه واما ان يكون ادون فان كان مثله بان اظهر انه عربي يتمى ثم ظهر انه عدوي فلا خيار لهما لان الرضى بالنسبي يكون رضى بمثله وان كان اعلا منه بان اظهر انه عربي ثم ظهر انه قرشي فلا خيار لها ايضا لان الرضى بالادنى يكون رضى بالاعلى من طريق الاولى ومن الحسن بن زياد ان لها الخيار لان الاعلى لا يحتمل فيها ما لا يحتمل الادون فلا يكون الرضى فيها بالمظهر رضى بالاعلى منه وهذا غير سديد لان الظاهر انها ترضى بالكفوء وان كان الكفوء لا يحتمل فيها ما يحتمل غير الكفوء لان غير الكفوء ضرة الدهر من بعد فان كان الرضى بالمظهر رضى بالاعلى منه من طريق الاولى وان كان ادون منه بان اظهر انه قرشي ثم ظهر انه عربي فله الخيار وان كان كفوا لها بان كانت المرأة عربية لانها انما رضيت بشرها الزيادة وفي زيادة مرغوب فيها ولم تحصل فلا

تكون راضية بدونها فكان لها الخيار وروي انه لا خيار لها لان الخيار
لدفع الغضيضة لانه لعولها هذا اذا فعل الرجل ذلك فاما اذا فعلت
المرأة بان اظهرت امارة تشبه الرجل ثم ظهر بخلاف ما اظهرت فلا خيار
للزوج سواء بين انها حرة او امة لان الكفاءة في جانب النساء غير معتبرة

فصل وتتصل بهذا ما اذا تزوج رجل امرأة على انها حرة فولدت
منه ثم اقام رجلا البينة على انها امته فان المولى بالخيار ان شاء جاز
النكاح وان شاء ابطله لان النكاح حصل بغير اذن المولى فوقف على
اجازته ويلزم المغرور لانه وطئ جارية غير مملوكة له حقيقة فلا يخلو
عن عقوبة او غرامة ولا سبيل الى ايجاب العقوبة للشبهة فتجب الغرامة
واما الولد فان كان المغرور حرا فالولد حر بالقيمة لاجماع الصحابة رضي
الله عنهم على ذلك فانه روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل عنه احد انكر عليه احد فيكون اجماعا
لان الاستيلاد حصل بناء على ظاهر النكاح اذ العلم للمستولد بحقيقة الحال
فكان المستولد مستحقا للنظر والمستحق للنظر ايضا لانه ظهر كون الجارية
ملكا له فيجب مراعاة الحقين بقدر الامكان فرعينا حق المستولد في
صورة الاولاد وحق المستحق في معنى الاولاد رعاية للجانبين بقدر الامكان
وتعتبر قيمته يوم الخصومة لانه وقت وجود سبب وجوب الضمان
وهو منع الولد عن المستحق له لانه علق عبد اي حقه ومنع عنه يوم الخصومة
ولو مات الولد قبل الخصومة لا يلزم قيمة لان الضمان يجب بالمنع ولم
يوجد المنع من المغرور لانه لا صنع له في موته وان كان للابن ترك ملا في ميراثه
لا بيه لانه ابنه وقد مات حرا فيرثه ولا يلزم للمستحق شيء لان الميراث ليس
ببدل عن الميت وان كان لابن قتله رجل واخذ الاب الدية فانه يلزم قيمة
للمستحق لان الدية بدل عن المقتول فيقوم مقامه كانه حي وان كان
رجل ضرب بطن الجارية فالقت جنينا ميتا يلزم الضارب الغرة خمسمائة
ثم يلزم المستولد للمستحق فان كان الولد ذكرا فنصف عشر قيمته وان

كان

كان انثى فعشر قيمتها وان كان المغرور عبدا فالاولاد يكونون ارقاء
للمستحق في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يكونون احرارا
ويكونون اولاد المغرور وجه قول محمد ان هذا اولد المغرور حقيقة
لانخلاقه من مائه ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي
الله عنهم ولهما ان القياس ان يكون الولد ملك المستحق وهم انما
قضوا بحرية الولد في المغرور لحدث بقي الامر في غيره مردودا الى
اصل القياس ثم المغرور هل يرجع بما غرم على الغار فالغار لا يخلو
اما ان يكون اجنبيا واما ان يكون هو الجارية فان كان اجنبيا فان
كان حرا فغره فان قال له تزوج بها فانها حرة اذ لم يامره بالتزوج
ولكنه زوجها على انه حرة او قال هي حرة وزوجها منه فانه يرجع على
الغار بقيمة الاولاد لانه صار ضامنا له ما لحقه من الغرامة في ذلك
النكاح ولا يرجع عليه بحكم الضمان ولا يرجع عليه بالعقر لانه ضمنه
بفعل نفسه فلا يرجع على احد وان قال هي حرة ولم يامره بالتزوج
ولم يزوجها منه لا يرجع على المخبر بشيء لان معنى الضمان والالتزام
لا يتحقق بهذا القدر وان كان الغار عبد الرجل فان كان مولاه لم يامره
بذلك يرجع عليه بعد العتاق لان امر المولى بذلك لا يصح وان كان
المولى هو الذي غره فلا يضمن المغرور من قيمة الاولاد شيئا لانه
لو ضمن للمولى لكان له ان يرجع على المولى بما يضمن فلا يفيد وجوب
الضمان وان كانت الامة هي التي غرته فان كان المولى لم يامرها
بذلك فان المغرور يرجع على الامة للحال لانه ظهر وجوبه في حق المولى
هذا اذا غره احدا فاما اذا لم يغره احد ولكنه لما رآها حرة فتزوجها
فاذا هي امة فانه لا يرجع بالعقر على احد لما قلنا والاولاد ارقاء للمولى
الامة لان الجارية ملكه على ما بينا والله اعلم فصل ومنها كمال مهر
المثل في النكاح الحرة العاقلة نفسها من كفو بغير رضى الاولياء في قول ابي
حنيفة رحمه الله حتى لو زوجت نفسها من كفو باقل من مهر مثلها فقد اثر

ما يتفاوت الناس فيه لغير رضي الاولياء فلاولياء حق الاعتراض
عنده فاما ان يبلغ الزوج الي مهر مثلها او يفرق بينهما وعند ابي يوسف
ومحمد هذا ليس بشرط ويلزم النكاح بدونه حتى لا يثبت للاولياء حق
الاعتراض وهاتان المسئلتان اعلي علي هذه المسئلة والمسئلة المتقدمة
عليهما وهي ما اذا زوجت نفسها من غير كفو وبغير رضي الاولياء لاشك
انهما يتفرعان علي اصل ابي حنيفة وزفر واحدي الروايتين عن ابي
يوسف ورواية الرجوع عن محمد لان النكاح جايز واما علي اصل محمد
في ظاهر الرواية عنه واحدي الروايتين عن ابي يوسف فلا يجوز
هذا النكاح فيشكل التخريج فتصور المسئلة بنيما اذن للولي
لما ان التزوج فزوجت نفسها من غير كفو او من كفو بأقل من مهر
مثلها ثم زال الاكراه ففي المسئلة الاولي لكل واحد منهما اعني الولي
والمراة حق الاعتراض وان رضي احدهما لا يبطل حق الاخر وفي
المسئلة الثانية لهما حق الاعتراض فان رضيت بالنكاح والمهر
فللمولي ان يفسخ في قول ابي حنيفة وفي قول محمد وابي يوسف الاخير
ليس له ان يفسخ ويصور المسئلة علي اصل الشافعي فيما اذا امر الولي
رجلا بالتزويج فزوجها من غير كفو برضاها او من كفو بمهر قاصر
برضاها وجه قول ابي يوسف ومحمد ان المهر حقها علي الخلوص كالثمن في
البيع والاجرة في الاجارة فكانت هي بالنقص متصرفة في خالص حقها
فينفذ ويلزم كما اذا ابرأت زوجها عن المهر ولهذا جاز الابراء عن
الثمن في باب البيع والبيع بثمن بخس كذا هذا ولابي حنيفة ان
للاولياء حقا في المهر لانهم يتحملون ثقل المهر ويتعيرون ببخسه
فيلحقهم الضرر بالبخس وهو ضرر التعيير فكان لهم دفع الضرر
عن انفسهم بالاعتراض ولهذا ثبت لهم حق الاعتراض بسبب
عدم الكفاءة كذا هذا ولانا بالبخس عن مهر مثلها اضرت بنسائ
قبيلتها لان مهور مثلهن عند تقادم العهد تعتبر بها فكان بالنقص

ملحقة الضرر بالعشيرة فكان لهم دفع هذا الضرر عن انفسهم بالفسخ
والله اعلم **فصل** ومنها خلو الزوج عن عيب الجب والعنة عند عدم
الرضي من الزوجة بهما عند عامة العلماء وقال بعضهم عيب العنة لا يمنع
لزوم النكاح واحتجوا بما روي ان امراة رفاعة اتت رسول الله صلي الله
عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني كنت امراة رفاعة فطلقني اخر
التطليقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير فوالله ما
وجدت معه الا مثل هذه الهمدبة تبسم رسول الله صلي الله عليه وسلم
وقال لعلك تريدين ان ترجعي الي رفاعة لا حتي تذوقي عسيلته
ويذوق عسيلتك فوجه الاستدلال ان تلك المراة ادعت العنة علي
زوجها ورسول الله صلي الله عليه وسلم لم يثبت لها الخيار ولو لم يقع
النكاح لازما لاثبت ولان هذا العيب لا يوجب فوات المستحق
بالعقد بيقين فلا يوجب الخيار كسائر انواع العيوب بخلاف الجب فانه
يفوت المستحق بالعقد بيقين ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم
فانه روي عن عمر رضي الله عنه انه قضي في العنين انه يؤجل سنة
فان قدر عليها والا اخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها
العدة وروي عن عبد الله بن مسعود مثله وروي عن علي رضي الله
عنه انه قال يؤجل سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما وكان قضاؤهم
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهم احد منهم
فيكون اجماعا ولان الوطي مرة واحدة مستحق علي الزوج للمراة بالعقد
وفي الزام العقد مع تقرر العجز عن الوصول لتفويت المستحق وبالعقد
عليها وهذا ضرر عظيم وظلم في حقها وقال الله تعالي ولا يظلم ربك
احدا وقال النبي صلي الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فيؤدي
الي التناقض وذلك محال ولان الله تعالي اوجب علي الازواج الامساك
بالمعروف او التسريح بالاحسان بقوله فامساك بمعروف او تسريح با
حسان ومعلوم ان استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة للخط من

الزوج ليس من الامساك بالمعروف في شيء فيتعين عليه التسريح با
لاحسان فان سرح نفسه والآتاب القاضي في التسريح ولان المهر عوض
في عقدة النكاح والعجز عن الوصول اليهما وجب عينا في العوض لانه
يمنع من تأكده بتعين لجواز ان يختصما الى قاض لا يرى تأكد المهر بالخلوة
فيطلقها وبطلقها نصف المهر فيتمكن في المهر عيب وهو عدم التأكد بتعين
والعيب في العوض يوجب الخيار كما في البيع ولا حجة لهم في الحديث
لان تلك المقالة منهما لم تكن دعوى العنة بل كانت عن معنى اخر
وهو صغر القضيب والاعتبار بسائر العيوب لا يصح لما ذكرنا ان وجب
فوات المستحق بالعقد ما تذكر في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى
وهذا الوجب ظاهرا وغالبا لان العجز يتقرر بعدم الوصول في مدة
السنة ظاهرا فيفوت المستحق بالعقد ظاهرا فيطل الاعتبار واذا
عرف هذا فاذا رفعت المراة زوجها وادعت انه عنين وطلب التفرقة
فان القاضي يسأله هل وصل اليهما او لم يصل فان اقر انه لم
يصل اليهما اجّل سنة سواء كانت المراة بكرا او ثيبا وان انكر وادعى
الوصول اليهما فان كانت المراة ثيبا فالقول قوله مع يمينه انه
وصل اليهما لان الثيابة دليل الوصول في الجملة والمانع من الوصول
من جهته عارض اذ الاصل هو السلامة عن العيب فكان الظاهر
شاهدا له الا انه يستحلف دفعا للتهمة وان قالت انا بكر نظر اليهما
النساء امراة واحدة تجزيه لان البكارة باب لا يطلع عليه الرجال
فشهادة النساء في هذا الباب مقبولة للضرورة فتقبل فيه شهادة قبول شهادة الواحدة
الواحدة كشهادة القابلة على الولادة ولان الاصل حرمة النظر الى
العورة هو العزيمة لقوله تعالى وقل للمومنات يغضضن من
ابصارهن وحق الرخصة يصير مقتضيا بالواحدة ولان الاصل
ان ما قبل قول النسائه بانفرادهن لا يشترط فيه العدد كرواية
الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والثنتان او ثلث لان غلبة

الظن

الظن بخبر العدد كذا في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
اقوى فان قلن هي ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه لما قلنا وان
قلن انها بكر فالقول قولها وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
ان القول قولها لان البكارة فيها اصل وقد تفوت بشهادة من يشهد
الاصل واذا اثبت انه لم يصل اليها اما بقراره او بظهور البكارة اجله
القاضي حولا لانه ثبت عنة والعنين يوجل سنة لاجماع الصحابة
على ذلك ولان عدم الوصول قبل التاجيل يحتمل ان يكون للعجز
عن الوصول ويحتمل ان يكون لبغضه اياها مع القدرة على
الوصول فيوجل حتى لو كان عدم الوصول للبغض يطاها في
المدة ظاهرا وغالبا وفاء للعقار والشين عن نفسه وان لم يطا
حتى مضت المدة يعلم ان عدم الوصول للبغض يطاها في
المدة ظاهرا وغالبا وفاء للعقار والشين عن نفسه وان لم
يطا حتى مضت المدة يعلم ان عدم الوصول كان للعجز اما
التاجيل سنة فلان العجز عن الوصول يحتمل ان يكون خلقة
ويحتمل ان يكون من داء وطبيعة غالبة من الحرارة او البرودة
او الرطوبة او اليبوسة والسنة مشتملة على الفصول الاربعة
والفصول الاربعة فيوجل سنة لما عسى يوافقه بعض فصول
السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول وروي عن عبد الله بن نو
الله قال يوجل عشرة اشهر وهذا القول مخالف لاجماع الصحابة
فانهم اجلوا العنين سنة وقد اختلف الناس في عبد الله بن نوفل
ابو صحابي او تابعي فلا يقدح خلافه في الاجماع مع الاحتمال ولان
التاجيل سنة لرجا الوصول في الفصول الاربعة ولا تكمل الفصول
الا في سنة قمرية ثم يوجل سنة شمسية بالايام او قمرية بالاهلة
ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية
يوجل سنة قمرية بالاهلة ذكر القاضي في شرحه مختصر الكرخي
ان في ظاهر الرواية يوجل سنة قمرية بالاهلة وروي الحسن عن ابي

فل

حنيفة ان الفصول الاربعة لا تكمل الا بالسنة الشمسية لانها تزيد
على القمرية بايام فيحتمل زوال القابض في المدة التي بين الشمسية
والقمرية فكان التاجيل بالسنة الشمسية اولى والظاهر الرواية
الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي
مواقيت للناس والحج جعل الله تعالى بفضله ورحمته الهلال معرفا
للخلق الاجال والاوقات والمدد ومعرفا وقت الحج لانه لو جعل معرفة
ذلك بالايام لاشتد حساب ذلك عليهم ولتعذر معرفة السنين و عليهم
الشهور والايام واما السنة فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
خطب في الموسم وقال في خطبته الا ان الزمان قد استدار كهيئته
يوم خلق الله السموات والارض السنة اثنا عشر شهرا اربعة حرم
ثلاث متواليات ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب مضر
الذي بين جمادي وشعبان والشهر في اللغة اسم للهلال يقال الشهر والشهرة
رايت الشهر اي رايت الهلال وانما سمي الشهر لشهرته والشهرة
للهلال فكان تاجيل الصحابة رضي الله عنهم العينين سنة
والسنة اثنا عشر شهرا او الشهر اسم للهلال تاجيلا وهي السنة
الشمسية ضرورة واول السنة حين يتراءيان ولا يحتسب على الزوج
ما قبل ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى شريح ان يوجل
العينين سنة من يوم يرتفع اليه ولما ذكرنا ان عدم الوصول
قبل التاجيل يحتمل ان يكون للعجز ويحتمل ان يكون لكراهته
اياها مع القدرة على الوصول فاذا اجله الحاكم فالظاهر انه لا يمتنع
من وطيها الا لعجزه حشية العار والشين واذا اجل سنة تشهر رمضان
وايام الحيض محتسبة عليه ولا يجعل له مكانها لان الصحابة رضي الله
عنهم اجلوا العينين سنة واحدة مع علمهم بان السنة لا تخلوا عن
شهر رمضان ومن زمان الحيض غالبا ولم يكن ذلك محسوبا من المدة
لاجلوا زيادة على سنة ولو مرض الزوج في المدة مرضا لا يستطيع
معه الجماع او مرضت هي فان استوعب المرض السنة كلها لم يستانف

له

الشهر في اللغة

له سنة اخرى وان لم يستوعب فقد روي بن سماعة عن ابي يوسف ان ١٠١
المرض ان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر من نصف
شهر لم يحتسب عليه بمدة الايام وجعل له مكانها وكذلك الفقيه بن سماعة
عن محمد ان المرض ان كان اقل من شهر يحتسب به عليه وان كان شهرا فصاعدا
لا يحتسب عليه بايام المرض ويجعل له مكانها والاصل في هذا ان قليل المرض
مما لا يمكن اعتباره لان الانسان لا يخلوا عن ذلك عادة ويمكن اعتبار الكثير
فجعل ابو يوسف على احدى الروايتين وهي الرواية الصحيحة عنه
ما دون نصف الشهر قليلا والاكثر من النصف كثيرا اعتبارا لا بشهر رمضان
فانه محسوب عليه ومعلوم انه انما يقدر على الوطي في الليالي دون الشهر
والليالي دون الشهر فيكون نصف الشهر فكان ذلك دليلا على ان المانع اذا
كان نصف شهر يفيد به وهذا الاستدلال يوجب الاعتداد بالنصف فما
دونه اما لا يبقى الاعتداد بما فوقه واما على الرواية الاخرى يقول انما صح
رمضان لتمكن الوطي فيه فاذا لم يوجد فالتعذر جاء من قبله فيجعل كانه صح
جميع السنة بخلاف ما اذا مرض جميع السنة لانه لم يجد زمانا يتمكن من الوطي
فيه لتعذر بالسنة وعنه ومحمد رحمه الله جعل ما دون الشهر قليلا والشهر
فصاعدا كثيرا لان الشهر ادنى الاجل واقصى العاجل فكان في حكم الكثير
وما دونه في حكم القليل وقال ابو يوسف ان حجت المراة حجة الاسلام بعد التا جيل
لم يحتسب على الزوج مدة الحج لانه لا يقدر على منعها من حجة الاسلام شرعا
فلم يتمكن من الوطي فيما شرعا وان حج الزوج احتسب المدة عليه لانه يقدر
على ان يخرجها مع نفسه او يوخر الحج لان جميع العمر وقته وقال محمد ان خاصمته
وهو محرم يوجل سنة بعد الاحلال لانه لا يتمكن من الوطي شرعا مع الاحرام
فيعتد المدة من وقت يمكنه الوطي فيه شرعا وهو ما بعد الاحلال وان خاصمته
وهو مظاهر لم يكن يقدر على الاعتاق اجل سنة من حين الخصومة لانه
اذا كان قادرا على الاعتاق فكان قادرا على الوطي بتقديم الاعتاق كالمحدث قادرا
على الصلاة بتقديم الطهارة وان كان لا يقدر على ذلك اربعة عشر شهرا لانه يحتاج

يوجل

جيل

الى تقديم صوم شهرين ولا يمكنه الوطي فيهما فلا تقيد بهما من الاجل ثم يمكنه الوطي
بعدها فان اجل سنة وليس بظاهر ثم قال ظاهر في السنة لم يزد على المدة
لانه كان يقدر على ترك الكفارة فلما ظاهر فقد منع نفسه عن الوطي باختياره
فلا يجوز اسقاط حق المراة وان كانت امراة العنين رتقاء او قرناء لا يوجل لانه
لاحق للمراة في الوطي لوجود المانع للوطي فلا معنى للتاجيل وان كان الزوج
صغيرا لا يجامع مثله والمراة كبيرة ولم يعلم المراة فطالبت بالتاجيل لا يوجل
بل ان ينتظر الى ان يدرك فاذا ادرك يوجل سنة لانه اذا كان لا يجامع لا
يفيد التاجيل ولان حكم التاجيل اذا لم يصل اليهما في المدة هو ثبوت
خيار الفرقة وفرقة العنين طلاق والصبي لا يملك الطلاق ولان للعنين
زمانا يوجد منه الوطي فيه ظاهرا وغالبا وهو ما بعد البلوغ فلا يوجل للحال
وان كان الزوج كبيرا مجنونا فوجد به عنينا قالوا انه لا يوجل كذا ذكره
الكرخي لان التاجيل للتفريق عند عدم الوصول وفرقة العنين طلاق
والمجنون لا يملك الطلاق وذكر القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي
انه ينتظر حولا ولا ينتظر الى افاقته بخلاف الصبي لان الصغر مانع
من الوصول فيستانا الى ان يزول الصغر ثم يوجل سنة فاما المجنون
فلا يمنع الوصول لان للمجنون يجامع فيوجل للحال والصحيح ما ذكره
الكرخي انه لا يوجل اصلا لما ذكرنا واذا مضى اجل العنين سئل
القاضي ان يوجله سنة اخرى لم يفعل الا برضى المراة لانه قد ثبت
حق التفريق وفي التاجيل تاخيرهما فلا يجوز من غير رضاهما ثم اذا
اجل العنين سنة وتمت المدة فان ادعى انه قد وصل اليها في زوجته
فلا خيار لها وان اختلفا وادعت انه لم يصل اليها وادعى الزوج الوصول فان
كانت المراة ثيبا فالقول قوله لما ذكرنا وان وقع للقاضي شك في امرها فانه يمتحن
واختلف المشايخ في طريق الامتحان قال بعضهم تؤمر بان تنزل على الجدار فان
امكنها ان تزج ذكره الى الجدار فهي ثيب والا فهي بكر وقال بعضهم تجيء
بيضة الديك فان وسعت فيهما فهي ثيب وان لم يوسع فيهما فهي بكر فاذا

لعوكل فاذا

فرقة العنين طلاق

واذا ثبت انه لم يطأها اما بأعترافه او بظهور البكارة فان القاضي
يخيرها لان الصحابة رضي الله عنهم خيروا امراة العنين ولانها فسخ قد
فان شاءت اختارت الفرقة وان شاءت اختارت الزوج اذا اجتمعت شرايط
ثبوت الخيار فيقع الكلام في الخيار في مواضع في بيان شرايط ثبوت الخيار
وفي حكم الخيار وفي بيان ما يبطله **فصل** واما شرايط الخيار
فمنها عدم الوصول الى هذه المراة اصلا وراسا في هذا النكاح حتى
لو وصل اليها مرة واحدة فلا خيار لها لانه وصل اليها حقها بالوطي
مرة واحدة فلا خيار لها لانه وصل اليها حقها بالوطي من وجه واحد
والخيار بتفويت الحق المستحق ولم يوجد فان وصل الى غير امراته
التي اجل لها او كان وصل الى غيرها قبل ان ترافعه او وصله الى غيرها
لا يبطل حقها في التاجيل والخيار وشرط ان لا تكون عالمة بالعيب
وقت النكاح حتى لو تزوجت وهي تعلم انه عنين فلا خيار لها
لا سيما اذا كانت عالمة بالعيب لدى التزوج فقد رضيت بالعيب
كما سيأتي اذا كان عالما بالعيب وقت البيع والرضى بالعيب بمنزلة
الرد كما في البيع وغيره فان تزوجت وهي لا تعلم فوصل اليها مرة
ثم عنّ عنها فارقها ثم تزوجته بعد ذلك فلم يصل اليها فلها الخيار لانها
لما تزوجته تجددت فلم تكن راضية بالعيب والوصول في احد العقدين لا
يبطل حقها في العقد الثاني فاذا اجله القاضي فلم يصل اليها فلها
الخيار ففرق بينهما ثم تزوجها فلا خيار لها لان العيب قد تقرر لعدم
الوصول في المدة فتقرر العجز فكان العجز بعد الاستقرار كالعجز في العلم
به ولو رضي بالعيب **فصل** واما حكم الخيار فهو تخيير
المراة بين الفرقة وبين النكاح ان شاءت اختارت الفرقة وان شاءت
اختارت الزوج فان اختارت المقام مع الزوج بطل حقها ولم يكن
لها خصومة في هذا النكاح ابدا لما ذكرنا انها رضيت بالعيب بسقط
خيارها فان اختارت الفرقة ففرق القاضي بينهما كذا ذكر الكرخي

ولم يذكر الخلاف وظاهر هذا الكلام ليقتضي ان لا يقع الفرقة بنفس
الاختيار وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان لا تقع الفر قة
بنفس الاختيار وهو ظاهر الرواية ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتقة
وخيار العيبة وروي الحسن عن ابي حنيفة انه لا يقع الفرقة ما لم يقل
القاضي فرقت بينكما وجعله بمنزلة خيار الزوج البلوغ وهكذا ذكره في بعض
المواضع ان قول ابي حنيفة ما روي الحسن عنه وما ذكره في ظاهر الرواية
قولهما وجه رواية الحسن ان هذه الفرقة فرقة بطلاق بالاجماع بين اصحابنا
وان المخالف فيه الشافعي فسخ عنده والمسئلة تذكر في موضعها في هذا الكتاب
ان شاء الله تعالى والمرأة لا تملك الطلاق وانما يملكه الزوج الا ان القاضي
يقوم مقام الزوج ولان هذه فرقة مختص بسببها القاضي وهو العاجل
لان العاجل لا يكون الا من القاضي فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة
اللعان ووجه المذكور في ظاهر الرواية ان تخيير المرأة من القاضي
بقوض الطلاق اليها فكان اختيارها الفرقة تفريقا من القاضي
من حيث المعنى لان منها والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج
وهذه الفرقة تكون تطليقة بائنة لان الغرض من الحكم التفريق
تخليصها من زوج لا ينتفع منه انيا حقها وفعا للظلم والضرر
عنها وذا لا يحصل الا بالبائن لانه لو كان رجعيا يراجعها الزوج
من غير رضاها فيحتاج الى التفريق ثانيا وثالثا فلا يفيد التفريق
فائدته ولها المهر كاملا وعليها العدة بالاجماع ان كان الزوج قد خلا
وان كان لم يخل بها فلا عدة عليها ولها نصف المهر ان كان مسمى والمتعة
ان لم تكن مسمى واذا فرق القاضي بالعنة وجبت العدة فجاءت بولد
ما بينها وبين سنتين لزمه الولد لان المعتدة اذا جاءت بولد من
وقت الطلاق الى سنتين ثبت النسب لان الحكم يوجب لعدة حكم
وشغل الرحم يمتد الى سنتين عندنا فيثبت النسب الى سنتين
عندنا فان قال الزوج كنت قد وصلت اليها فان ابا يوسف قال يبطل

ثبوت النسب للمعتدة من فرقة العنة

الحاكم

الحاكم الفرقة تكفي بالولد شاهدا ومعنى هذا الكلام انه لما ثبت النسب
فقد ثبت الدخول وانه يوجب بطلان الفرقة ولانه لو شهد
شاهدان بالدخول بعد تفريق القاضي لا تبطل الفرقة فكذا اذا
ثبت النسب لان شهادة النسب على الدخول اقوى من شهادة
شاهدين عليه وكذلك لو فرق القاضي بينها وبين المجبوب فجاءت
بولد ما بينها وبين سنتين ثبت نسبه لان خلوة المجبوب توجب
العدة والنسب يثبت بالمجبوب الا انه لا تبطل الفرقة هاهنا
لان ثبوت النسب في المجبوب لا يدل على الدخول لانه لا يتصور
منه حقيقة وانما يفرق بالما فكان العلوق بعد ذا لما فاذا لم يثبت
الدخول لا تبطل الفرقة فان فرقه بالعنة فاقام الزوج البينة
على اقرار المرأة قبل الفرقة انه قد وصل اليها ابطل الفرقة
لان الشهادة على اقرارها بمنزلة اقرارها عند القاضي ولو كانت
اقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة فكذا اذا شهد على اقرارها
فان اقرت بعد الفرقة انه كان وصل اليها قبل الفرقة لم تبطل
الفرقة لان اقرارها تضمن ابطال قضاء القاضي فلا تصدق
على القاضي في ابطال قضائه فلا يقبل وان كان زوج الامة
عنينا فالخيار في ذلك الى المولى عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقالا وقوع الخيار للامة وجه قوله ان الخيار انما ثبت لفوات
الوطي وذلك حق الامة فكان الخيار اليها كالحرة ولهما ان المقصود
من الوطي هو الولد والولد ملك المولى ولان اختيار الفرقة
والمقام مع الزوج تصرف منها على نفسها ونفسها جميع اجزاء
ملك المولى فكان ولاية التصرف له فصل واما بيان ما يبطل
به الخيار وما لا يبطل به الخيار نوعان نص ودلالة فالنص هو التصريح
باسقاط الخيار او ما يجري مجراه نحو ان تقول اسقطت الخيار او
رضيت بالنكاح او اخترت الزوج ونحو ذلك سواء كان ذلك بعد

ولد الجارية ملك المولى

تخيير القاضي او قبله والدلالة هي ان تفعل ما يدل على الرضى بالمقام
مع الزوج بان خيرها القاضي فاقامت مع الزوج طاوعة له في المصاحبة
وغير ذلك لان ذلك دليل الرضى بالنكاح والمقام مع الزوج ولو
فعلت ذلك بعد مضي الاجل قبل تخيير القاضي لم يكن ذلك رضى
لان اقامتها معه بعد المدة قد يكون لاختياره وقد يكون للاختيار
بحاله فلا يكون ذلك دليل الرضى مع الاحتمال وهل يبطل خيارها
بالقيام عن المجلس ذكر الكرخي ان بن سماعة وبشرا قالا عن ابي
يوسف اذا خيرها الحاكم فاقامت معه او قامت من مجلسها قبل ان
تختار او قام الحاكم او قام بها عن مجلسها بعض اعوان القاضي ولم
تقل شيئا فلا خيار لها وهذا يدل على ان خيارها يتقيد بالمجلس وهو
مجلس التخيير ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
انه لا يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
ومحمد انهما قالا لا يقتصر على المجلس كخيار المخيرة وجه ما روي عن
ابي يوسف ومحمد ان تخيير القاضي بها هنا قايم مقام تخيير الزوج
ثم خيار المخيرة بتخيير الزوج يبطل بقيامها عن المجلس فكذا خياره
هذه وكذا اذا قام الحاكم عن المجلس قبل ان تختار لان مجلس التخيير
قد يبطل بقيام الحاكم وكذا اذا قاما معا عن مجلسها بعض اعوان القاضي
قبل الاختيار لانها كانت قادرة على الاختيار قبل الاقامة فدل رضاها
اقتضاءها القدرة على الرضى بالنكاح وجه ظاهر الرواية
وهو الفرق بين هذا الخيار وبين خيار المخيرة انما اقتصر على
المجلس لان الزوج بالتخيير ملكها الطلاق ان المالك للشيء هو الذي
يتصرف فيه باختياره ومشيته فكان التخيير من الزوج تمليكا للطلاق
وجواب التمليك يقتصر على المجلس لان التمليك يطلب جواب
التمليك في المجلس عادة ولهذا يقتصر القبول على المجلس في البيع
كذا هاهنا والتخيير من القاضي تفويض الطلاق وليس بتمليك

لانه

لانه لا يملك الطلاق بنفسه لان الزوج ما ملك القاضي الطلاق وانما ١٠٤
فوض اليه التطليق وولاه ذلك فبقي التفويض لا التمليك
واذا لم يملك بنفسه فكيف يملكه من غيره فهو الفرق بين التخييرين
والله اعلم والموجد والخصي في جميع ما وصفنا كالعنين لوجود الا لة
في حقهما كما في العنين وكذلك الخنثى واما المجبوب فانه اذا اعوف
انه مجبوب فانه اذا عرف اما بإقراره او ببالمس فوق الازار فان
كانت المرأة عالمة بذلك وقت النكاح فلا خيار لها لرضاها بذلك وان لم
تكن علمت به فانها تجبر للحال ولا يؤجل للحول لان التأجيل لرجا
الوصول ولا يرجى منه الوصول فلم يكن التأجيل مفيدا فلا يؤجل واذا
اختارت المقام وفرق القاضي بينهما او لم يفرق على الاختلاف الذي
ذكرنا فلها كمال المهر وعليها العدة ان كان قد خلا بها في قول ابي حنيفة
وعندهما لها نصف المهر وعليها كمال العدة وان كان لم يخل بها فلها
نصف المهر ولا عدة عليها بالاجماع وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

فصل واما حكم الزوج عما سوى هذه العيوب من الجب والعنة
والخاذ والخصاء والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح حتى
يفسخ النكاح وحكمه عما سوى ذلك ليس بشرط وهو مذهب الشافعي
وحد قول محمد ان الخيار في العيوب الاربعة انما ثبت لدفع الضرر
عن المرأة وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لانها من الا دوا
والمعدية عادة فاذا ثبت الخيار بتلك فلان يثبت بهذه اولى
بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب في جانب المرأة لان الزوج وان كان
يتضرر بها لكنه يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق لان الطلاق
بيده والمرأة لا يمكنها ذلك لانها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقا
لدفع الضرر ولهما ان الخيار في تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حق
المستحق بالعقد وهو الوطي مرة واحدة وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب
لان الوطي يتحقق من الزوج مع هذه العيوب فلا يثبت الخيار هذا في جانب

الزوج واما في جانب المراة فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح
بلا خلاف بين اصحابنا حتى لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب للوجود وفا
وقال الشافعي خلو المراة عن خمس عيوب بها شرط اللزوم ويفسخ النكاح
بما وهي الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن واحتج بما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فر من المجذوم فرارك من الاسد والفسخ
طريق الفرار ولو لزمه النكاح لما امر بالفرار وروي انه عليه السلام
تزوج بامراة فوجد بياضا في كشحها فردها وقال لها الحقي بأهلك ولو
وقع النكاح لازما لما ردّ ولان مصالح النكاح لا يقوم مع هذه العيوب
او تختل لان بعضها ما ينفر عنه الطباع السليمة وهو الجنون والجذام
والبرص فلا تحصل الموافقة فلا تقوم المصالح او تختل وبعضها مما يمنع عن
الوطء وهو الرتق والقرن وعامة مصالح النكاح يقف حصولها على الوطء
فان العفة عن الزنا والسكن والولد لا يحصل الا بالوطء ولهذا ثبت الخيار
الاربعة كذا هها هنا ولنا ان النكاح لا يفسخ بسائر العيوب فلا يفسخ بهذه
العيوب ايضا لان معنى يجمعهما وهو ان العيب لا يفوت ما هو حكم هذا العقد
من جانب المراة وهو الازدواج الحكمي وملك الاستمتاع وانما يحتمل ان يفوت
به بعض ثمرات العقد وهو ات جميع ثمرات هذا العقد لا توجب حق
الفسخ بان مات احد الزوجين عقيب العقد حتى يجب كمال المهر تفوت
بعضها اولى وهذا لان الحكم الاصلي للنكاح هو الازدواج الحكمي وملك
الاستمتاع شرع موكدا له والمهر يقابل بالاحداث هو الملك وبالفسخ لا
يظهر ان احداث الملك لم يكن فلا يرتفع ما يقابله وهو المهر فلا يجوز الفسخ
ولا شك ان هذه العيوب لا يمنع من الاستمتاع اما الجنون والجذام والبرص
فلا يشكل وكذا الرتق والقرن لان اللحم يقطع والعظم يكسر ويمكن الاستمتاع
بواسطة هذا المعنى لم يفسخ بسائر العيوب كذا هذا واما الحديث
الاول فنقول بموجبه يجب الاستمتاع منه والفرار لكن بالطلاق لا
بالفسخ وليس فيه تعيين طريق الاجتناب والفرار واما الثاني

فالصحيح

فالصحيح من الرواية انه قال لها الحقي بأهلك وهذا من كنايات الطلاق عندنا
والكلام في الفسخ والرد المذكور فيه قول الراوي فلا يكون حجة او نحمله
على الرد بالطلاق حملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض والله الموفق
وخلو النكاح عن خيار الرؤية ليس بشرط للزوم النكاح حتى لو تزوج
امراة ولم يرها لا خيار له اذا راها وكذا خلوه عن خيار الشرط سواء جعل
الخيار للزوج او للمراة او لهما ثلثة ايام او اقل او اكثر حتى لو تزوج بشرط
الخيار بطل الشرط وخيار النكاح فصل واما الذي يشرط بقاء النكا ح
لازما فنوعان نوع يتعلق بالزوج في نكاح زوجته ونوع يتعلق با
لمولى في نكاح امته واما الذي يتعلق بالزوج في نكاح زوجته فعدم تمليكه
الطلاق منها او من غيرها بان يقول لامراته اختاري او امرك بيدك
ينوي الطلاق او لحلي لنفسك او انت طالق ان شئت او لرجل طلق امراته
ان شئت وكذا عدم التعليق ليس بشرط والاضافة كذلك لانه بالتمليك
يصير جعل النكاح بحال لا يتوقف زواله على اختياره بعد الجعل
وكذا في التعليق والاضافة ولهذا معنى عدم بقاء النكاح لازما واما
الذي يتعلق بالمولى في نكاح امته فهو ان لا يفسخ امته المنكوحة حتى لو
اعتقها لا يبقى العقد لازما وكذا لها الخيار وهو المسمى بخيار العتاقة
والكلام فيه في مواضع في بيان شرط ثبوت هذا الخيار وفي بيان وقت
ثبوته وفي بيان ما يبطل به اما الاول فلثبوت هذا الخيار شرائط منها
وجود النكاح وقت الاعتاق حتى لو اعتقها ثم زوجها من انسان فلا
خيار لها لانعدام النكاح وقت الاعتاق ولو اعتقها ثم زوجها وهي صغيرة
فلها خيار البلوغ لا خيار العتق لما قلنا ومنها ان يكون النكاح صحيحا
حتى لو وجبت الامة تفسخها من انسان بغير اذن مولاها ثم اعتقها
المولى فلا خيار لها واما كون الزوج رقيقا وقت الاعتاق فهل هو شرط ثبوت
الخيار لها قال اصحابنا ليس بشرط ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها
عبدا او حرا وقال الشافعي في شرط ولا خيار لها اذا كان زوجها حرا واحتج بما

بما روي عن عائشة رضي الله عنها انما قالت زوج بريرة كان عبدا فخيرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حرا ما خيرها وهذا نص في الباب
والظاهر انما قالت سمعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الخيار
في العبد انما يثبت لدفع الضرر وهو ضرر عدم الكفاءة وضرر لزوم نقصة
الاولاد وضرر نقصان المعاشرة لكون العبد مشغولا بخدمة المولى وشيء
من ذلك لم يوجد في الحر فلا يثبت الخيار ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وروي
ملكت امرك وروي ملكت نفسك والاستدلال به من وجهين احدهما
بضعه والآخر بعلة النص اما الاول فهو انه خيرها رسول الله صلى الله عليه
وسلم حين اعتقت وقد روي انه زوجها كان حرا فان قيل روينا عن
عائشة رضي الله عنها ان زوجها كان عبدا فقد تعارضت الروايتان
تسقط الاحتجاج بهما فالجواب ان ما روينا مثبت للحرمة وما رويتم مبقى
للرق والمثبت اولى لان البقاء قد يكون لاستصحاب الحال والسكوت يكون بناء
على الدليل لامحالة فمن قال كان عبدا احتمل انه اعتمد استصحاب الحال
والسكوت يكون بناء على الدليل لامحالة فمن قال كان عبدا احتمل انه اعتمد
استصحاب الحال ومن قال كان حرا بنا الامر على الدليل لامحاله فصار كالمزكيين
جرح احدهما شاهدا والآخر كاه انه يؤخذ بقول الجارح لما قلنا كذا هذا
ولان ما روينا موافق للقياس وما رويتم مخالف له لما يذكر والموافق
للقياس اولى واما الثاني فمعناه ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل ملكها بضعها
او امرها او نفسها مؤثرا في ثبوت الخيار لها لانه اخبر انما ملكت
بضعها ثم اعتقه فاثبت الخيار لها بحرف التعقيب وملكها نفسها
مؤثر في دفع الولاية في الجملة لان الملك اختصاص ولا اختصاص مع
ولاية اليد والحكم اذا ذكر عقيب وصف وله اثر في الجملة في جنس ذلك
الحكم في الشرع كان تعليقا لذلك الحكم بذلك الوصف في اصول الشرع
كما في قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وقوله الزانية

والزاني فاجلد واكل واحدة منهما مائة جلدة وكما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم سهى فسجد وروي انه ماعز زنا فرجم وغير ذلك
والحكم يتعمم بعموم العلة ولا يتخصص بخصوص المحل كما في سائر العلل
الشرعية والعقلية وزوج بريرة وان كان عبدا لكن النبي صلى الله عليه وسلم
لما بنى الخيار فيه على معنى عام وهو ملك البضع ليعتبر عموم المعنى لا خصوص
المحل والله الموفق ولان بالاعتاق يزداد النكاح عليهما لانه يملك عليهما
عقدة زائدة لم يكن يملكها قبل الاعتاق بناء على ان الطلاق معتبر بالنساء
على اصل اصحابنا والمسئلة فرعية ذلك الاصل ولهما ان لا نرضى بالزيادة لانها
تضرر بها ولها ولا بد دفع الضرر عن نفسها ولا يمكنها رفع الزيادة الا
برفع اصل النكاح فيثبت لها ولا بد دفع النكاح وتشطيه ضرورة دفع الزيادة
وخرج الجواب عن قوله انه لا ضرر فيه لما بينا من وجه الضرر ولانه لو لم يثبت
لها الخيار وبقي النكاح لزمها ما يؤدي الى ان يستوفي الزوج منافع بضع
حرة جبرا ببدل استحقه عليها بالعقد وهذا لا يجوز كما لو كان الزوج عبدا
ولان القول ببقاء هذا النكاح لازما يؤدي الى استيفاء منافع بضع الحرة
من غير بدل استحقه الحرة وهذا لا يجوز لانها لا ترضى باستيفاء منافع بضعها
الا ببدل استحقه هي ولو لم يثبت الخيار لها لصار الزوج مستوفيا منافع
بضعها وهو حرة جبرا عليها من غير رضاها ببدل استحقه مولاها وهذا
لا يجوز لهذا المعنى ثبت لها الخيار اذا كان زوجها عبدا كذا اذا كان حرا
وكذا اختلفوا في ان كون عتاقه وقت النكاح هل هو شرط ام لا قال ابو
يوسف ليس بشرط ويثبت لها الخيار سواء كانت رقيقة وقت النكاح
فاعتقها المولى او كانت حرة وقت النكاح ثم طرى عليها الرق فاعتقها
حتى ان الحربية اذا تزوجت في دار الحرب ثم سبيا معا ثم اعتقت فلها الخيار
عنده وقال محمد هو شرط ولا خيار لها وكذلك المسلمة اذا تزوجت مسلما ثم
ارتد او لحقا بدار الحرب ثم سبيت وزوجها معها فاسلما ثم اعتقت الامة
فعلى هذا الاختلاف محمد رحمه الله فرق بين الرق الطاري على النكاح وبين المقارن

الزوجان اذا

المسلم اذا ارتدت ولحقت
وسبيت

اباه وابو يوسف سوى بينهما وجه الفرق لمحمد انها اذا كانت رقيقة وقت
النكاح فالنكاح ينعقد موجبا للخيار عند الاعتاق واذا كانت حرة فنكاح
الحرة لا ينعقد موجبا للخيار فلا يثبت الخيار بطريان الرق بعد ذلك لانه
لا يوجب خللا في الرضى ولابي يوسف ان الخيار يثبت بالاعتاق لان
زيادة الملك يثبت به لانها موجب العتق والعتق موجب الاعتاق ولا
يثبت بالنكاح لان النكاح السابق ما انعقد موجبا للزيادة لانه
صادف الامة ونكاح الامة لا يوجب زيادة الملك فالحاصل ان ابا يوسف
يجعل زيادة الملك حكم الاعتاق ومحمد يجعلها حكم العقد السابق عند وجود
الاعتاق وعلى هذا الاصل يخرج قول ابي يوسف ان خيار العتق يثبت مرة
بعد اخرى وقول محمد انه لا يثبت الا مرة واحدة حتى لو اعتقت الامة
فاختارت زوجها ثم ارتد الزوج ان هما ثم شببت وزوجها منها
فاعتقت قالا ان اختارت نفسها عند ابي يوسف وعند محمد ليس لها ذلك
لان عند ابي يوسف الخيار يثبت بالاعتاق وقد تكرر الاعتاق فيتكرر
الخيار وعند محمد يثبت بالعقد وانه لم يتكرر فلا يثبت الا خيار واحد

فصل واما وقت ثبوته فوقت علمها بالعتق وبالخيار واهلية
الاختيار فيثبت لها الخيار في المجلس الذي يعلم فيه بالعتق وبان لها
الخيار وهي من اهل الاختيار حتى لو اعتقها ولم تعلم بالعتق بان لها
الخيار فلم تختر لم يبطل خيارها ولها مجلس العلم اذا علمت بهما
بخلاف خيار البلوغ ان العلم بالخيار فيه ليس كالشرط وقد بينا الفرق
بينهما فيما تقدم وكذلك اذا اعتقها وهي صغيرة فلها خيار العتق
اذا بلغت لانها وقت الاعتاق لم تكن من اهل الاختيار وليس لها خيار
البلوغ لان النكاح وجد في حالة الرق والله اعلم ولو تزوجت مكاتبة
باذن المولى فاعتقت فلها الخيار عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا خيار
لها وجه قوله ان المهر صار عليها لان النكاح وقع لها والمهر مسلم
لها ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة كانت مكاتبة ولان

علة

علة النص عامة على ما بينا وكذا الملك يزداد عليهما كما يزداد على الامة
واما ما يبطل به تمذذ الخيار ويبطل بالابطال نصا ودلالة من قول او فعل يدل
على الرضى بالنكاح لما بينا في خيار الادراك ويبطل بالقيام عن المجلس
لانه دليل الاعراض كخيار المخيرة ولا يبطل بالسكوت بل يمتد الى آخر
المجلس اذ لم يوجد منها دليل الاعراض كخيار المخيرة لان السكوت يحتمل
ان يكون لرضاها بالمقام معه ويحتمل ان يكون للتامل لان بالعتق يزداد
الملك عليهما فيحتاج الى التامل ولا بد للتامل من زمان فقدر ذلك بالمجلس
كما في خيار المخيرة وخيار الشفيع المعروض في البيع بخلاف خيار البلوغ انه
يبطل بالسكوت من البكر لان بالبلوغ ما ازداد الملك فلا حاجة الى التامل
فلم يكن سكوتها للتامل فكان دليل الرضى وفي خيار المخيرة ثبت المجلس
باجماع الصحابة رضي الله عنهم على معقول ولانه لما ازداد الملك عليهما
جعل العقد السابق في حق الزيادة بمنزلة انشاء النكاح فيتقيد بالمجلس
واذا اختارت نفسها حتى وقعت الفرقة فخيار البلوغ ووجه الفرق بينهما
قد ذكرناه فيما تقدم والله الموفق واما بقاء الزوج قادرا على النفقة فليس
بشرط لبقاء النكاح لازما حتى لو عجز عن النفقة لا يثبت لها حق المطالبة
بالتفريق وهذا عندنا وعند الشافعي شرط ويثبت لها حق المطالبة بالتفريق
واحتج بقوله تعالى فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف وقد عجز
عن الامساك بالمعروف لان ذلك بايفاء حقوق الوطء والنفقة فيتعين
عليه التسريح بالاحسان قلنا فعلى الآباء التقاضي مذهبه في التسريح وهو
التفريق ولان النفقة عوض عن ملك النكاح وقد فات العوض بالعجز
فلا يبقى النكاح لازما كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا والدليل عليه
ان فوات المعوض بالعجب والمنة جميعا بقاء لازما فكذا فوات العوض
لان النكاح عقد المعاوضة ولنا ان التفريق ابطال ملك النكاح //
على الزوج من غير رضاه وهذا في الضرر قد تحقق فوق ضرر المؤاة
لعجز الزوج عن النفقة لان القاضي يفرض النفقة على الزوج اذا طلبت

بقاء القدرة على النفقة

المراة المفروض وياموها بالانفاق من مال نفسها ان كان لها مال وبالاستدانة
ان لم يكن الي وقت اليسار فتصير النفقة دينا في ذمته تقضي القاضي
وترجع المراة اليه بما انفقت اذا اليسر الزوج فيتاخر حقها الي يسار
الزوج ولا يبطل وضرر الابطال فوق ضرر التاخير بخلاف
التفريق بالعيب والعنة لان هناك الضرر من الجانبين جميعا ضرر ابطال
المحل لان حق المراة يفوت عن الوطي وضررها اقوي لان الزوج
لا يتضرر بالتفريق كثير ضرر العجزة عن الوطي فاما المراة فانها محل
صالح للوطي ولا يمكنها استيفاء حظها من هذا الزوج ولعلها من زوج اخر لكان
هذا الزوج فكان الرجحان لضررها فكان اولي بالدفع واما الاية فقد
قيل في التفسير ان الامساك بالمعروف هو الرجعة وهو ان يراجعها علي
قصد الامساك والتسريح بالمعروف هو ان يتركها حتي تنقضي عدتها
معناه ان الامساك بالمعروف مختلف باختلاف حال الزوج الاتي الي قوله
تعالي علي الموسع قدره وعلي المقتر قدره والامساك بالمعروف في حق
العاجز عن النفقة بالتزام النفقة علي انه ان كان عاجزا عن الامساك
بالمعروف فانما يجب عليه التسريح اذا كان قادرا ولا قدرة له علي ذلك
لان ذلك بالتطليق مع انها حقها في نفقة العدة وهو عاجز عن نفقة
الحال فكيف يقدر علي نفقة العدة علي ان نفقة التسريح محتمل يحتمل
ان يكون المراد منه التفريق بالبطال ويحتمل ان يكون المراد منه التفريق
والتبعيد من حيث المكان وهو تخلية السبيل وازالة اليد والحبس وعندنا
ان حقيقة التسريح هي التخلية وذلك قد يكون بازالة اليد والحبس
وعندنا لا يبقي له ولاية الحبس فلا يكون حجة مع الاحتمال واما
قوله النفقة عوض النكاح فممنوع فان العوض ما يكون مذكورا في
العقد نصا والنفقة غير منصوص عليها فلا يكون عوضا ثم بتقدير
الاحتباس وعندنا ولاية الحبس تزول عند العجز ثم ان سلمنا انها
عوض لكن نقول المعوض مستحق فتقف علي استحقاق العوض في الجملة لا علي

تفسير الامساك بالمعروف والتسريح به

عن ملكه ٣ بالهمزة

وصول

حكم النكاح

وصول العوض للحال والنفقة هاهنا مستحقة في الجملة وان كان لا يصل
اليها للحال فبقي العوض حقا للزوج والله اعلم واما بيان
حكم النكاح فنقول وبالله التوفيق الكلام في هذا الفصل في موضعين
في الاصل احدهما في بيان حكم النكاح والثاني في بيان ما يرفع حكمه
اما الاول فالنكاح لا يخلو اما ان يكون صحيحا واما ان يكون فاسدا ويتعلق
بكل واحد منهما احكام اما النكاح الصحيح فله احكام بعضها
اصل وبعضها من التوابع اما الاصلية منها حل الوطي الا في حالة الحيض
والنفاس والاحرام وفي الظهار قبل التكفير لقوله تعالي والذين هم
لفروجهم حافظون الا علي ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين
اي اللوم عمن يرجع يحفظ فرجه علي زوجته فدل علي حل الوطي الا ان
الوطي في حالة الحيض خص بقوله تعالي ويسالونك عن المحيض قل
هو اذي فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتي يطهرن والنفاس
اخت الحيض وقوله تعالي نساؤكم حرث لكم اني شئتم وروي عن
النبي صلي الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان
لا يملكن لانفسهن شيئا اخذتموهن بامانة الله تعالي واستحللتم فروجهن بكلمة الله
وكلمة الله المذكورة في كتابه لفظة الانكاح والتزويج فدل الخبر
علي حل الاستمتاع بالنساء بلفظة الانكاح والتزويج وغيرهما في معناهما
فكان الحل ثابتا بدلالة فصل ومنها حل النظر والمس من الزوج
الي قدميها في حالة الحياة لان الوطي فوق النظر والمس فكان احلا له
احلا للنظر والمس من طريق الاولي وهل يحل الاستمتاع بما دون
الفرج في حالة الحيض والنفاس فيه خلاف نذكره في كتاب الاستحسان
واما بعد الوفاة فليس له المس والنظر عندنا خلافا للشافعي والمسئلة
ذكرناها في كتاب الصلاة ولان النكاح ضم وتزويج لغة يقتضي الانضمام
والازدواج ولا يتحقق ذلك الا بحل الوطي والاستمتاع لان الحرمة تمنع
من ذلك وهذا الحكم وهو حل الاستمتاع مشترك بين الزوجين

والانسان يسئل عن الشيء في غير موضعه عما يليق بذلك الموضع فيقول

فان المراة كما لا يحل لزوجها فرجها يحل لها قال الله تعالى لا هن حل لهم
ولا هم يحلون لهن والزوج ان يطالبها بالوطي متي شاء الا عند اعتراض
اسباب مانعة من الوطي كالحيض والنفاس والظهار والاحرام وغير ذلك
وللمراة ان تطالب زوجها بالوطي لان حله لها حقها كما ان حلها له حقه
الا اننا اذا طالبته بذلك لا يجب علي الزوج الا مرة واحدة والزيادة علي
ذلك من باب المعاشرة واستدامة النكاح فصل ومنها ملك المتعة
وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسايراعضايها استمتاعا
او ملك الذات والنفس في حق الاستمتاع محل لخلاف مشايخنا في
ذلك لان مقاصد النكاح لا تحصل بدونه الا تري انه لولا الاختصاص
الحاجز عن التزوج بزوج اخر لا تحصل المسكن لان قلب الزوج لا
يطمئن اليها وتنفسه لا تسكن منها ويفسد الفراش لاشتباه النسب
ولان المهر لا يلزم في النكاح وانه عوض عن الملك لما ذكرنا فيما تقدم
فيدل علي لزوم الملك في النكاح ايضا وهذا الحكم للزوج علي الزوجة
خاصة لانه عوض عن المهر والمهر علي الرجل وقيل في تاويل قوله تعالي
وللرجال عليهن درجة ان الدرجة هي الملك فصل ومنها ملك
الحبس والقيد وهو صير وتنا ممنوعة عن الخروج والبروز لقوله
تعالي تسكنوهن من حيث سكنتم والامر بالاسكان نهي عن الاخراج
والخروج اذ الامر بالفعل نهي عن ضده وقوله وقرن في بيوتكن وقوله
لا تخرجوهن ولا يخرجن ولم تكن ممنوعة عن الخروج والبروز لاختل
السكن والنسب لان ذلك مما يريب الزوج ويحمله علي نفي النسب
فصل ومنها وجوب المهر علي الزوج وانه حكم اهلي للنكاح عندنا
لا وجود له بدونه شرعا وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولان المهر عوض
عن الملك لانه يجب بمقابلة احداث الملك علي ما مر وثبوت المعوض
بدل علي ثبوت المعوض فصل ومنها ثبوت النسب وان كان ذلك
حكم الدخول حقيقة لكن سببه الظاهر هو النكاح لكون الدخول امرا باطنا

يقام

فيقام النكاح مقامه في اثبات النسب ولهذا قال النبي صلي الله عليه وسلم
الولد للفراش وللعاهر الحجر وكذا الوتزوج سنة في عمرية فجاءت
بولد يثبت النسب وان لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو
النكاح فصل ومنها وجوب النفقة والسكني لقوله تعالي
وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله لينفق ذو سعة
من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله وقوله اسكنوهن
من حيث سكنتم من وجدكم والامر بالاسكان امر بالانفاق لانها
لا تتمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة باصل الخلقة لضعف بنيتها
والكلام في سبب وجوب هذه النفقة وشرط وجوبها ومقدار الواجب
منها قد ذكر في كتاب النفقات ان شاء الله تعالي فصل ومنها حرمة
المصاهرة وهي حرمة النكاح بقدر معلوم قد ذكرناهم فيما تقدم وذكرنا
دليل الحرمة الان في بعضها تثبت الحرمة بنفس النكاح وفي بعضها
يشترط الدخول وقد بينا جملة ذلك في مواضعها فصل ومنها
الارث من الجانبين جميعا لقوله تعالي ولكم نصف ما ترك ازواجكم
الي قوله فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها او دين
فصل ومنها وجوب العدل بين النساء في حقوقهن و
جملة الكلام فيه ان الرجل لا يخلو اما ان كان له اكثر من امراة واحدة
فان كانت له اكثر من امراة فعليه العدل بينهن في حقوقهن من القسم
والنفقة والكسوة وهو التسوية بينهن في ذلك حتي لو كانت تحته امراتان
حرتان او امتان يجب عليه ان يعدل بينهما في المأكول والمشروب
والملبوس والسكني والبيوتة والاصل فيه قوله تعالي فان خفتم
ان لا تعدلوا فواحدة عقيب قوله تعالي فان خفتم الا تعدلوا فواحدة
قوله تعالي فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثني وثلاث ورباع اي ان خفتم
ان لا تعدلوا في القسم والنفقة في نكاح المثني والثلاث والرباع فواحدة
فذهب الي نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل في الزيادة وانما يخاف في علي

الواجب فدل ان العدل بينهن في القسم والنفقة واجب واليه اشار
في اخر الاية بقوله ذلك ادنى ان لا تعولوا اي تجوروا والجور حرام
فكان العدل واجبا ضرورة ولان العدل بقوله ما مور به بقوله ان
الله يامركم بالعدل على العموم والاطلاق الا ما خص او قيد بدليل وروي
عن ابي قلابة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل بين نسايه في القسمة
ويقول اللهم هذه قسمتي فيما املك فلا تواخذني فيما تملك انت ولا املك
وعن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من
كانت له امراتان فمال الى احداهن دون الاخرى جا يوم القيمة و
شقه مايل ويستوي في القسم البكر والثيب والشابة والعجوزة و
القديمة والحديثة والمسلمة والكتابية لما ذكرنا من الدلايل من غير فصل
ولانهما يستويان في سبب وجوب النكاح وهو النكاح فيستويان
في وجوب القسم ولا قسم للمملوكات بملك اليمين اي لا ليلة لهن
وان كثرن لقوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فجعل
الاباحة في النكاح على عدد لتحقق الجور في الزيادة ثم ندب الى نكاح الواحدة
عند خوف الجور في الزيادة واباح من ملك اليمين من غير عدد فدل
انه ليس فيه خوف الجور وانما لا يكون اذا لم يكن لهن قسم اذ لو كان لكان
فيه خوف الجور كما في المنكوحة ولان سبب الوجوب هو النكاح ولم يوجد
ولو كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة يومان وللامة يوم لما
روي عن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال للحرة الثلثان في القسم وللامة الثلث ولانهما
ما استويا في سبب الوجوب وهو النكاح فانه لا يجوز نكاح الامة
لعبد نكاح الحرة ولا مع نكاحها وكذا لا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من
اثنتين وللحر ان يتزوج باربع نسوة فلم يستويا في السبب فلا يستويان
في الحكم بخلاف المسلمة مع الكتابية لان الكتابية يجوز نكاحها قبل المسلمة
وبعد المسلمة ومعها وكذا للذمي ان يجمع بين اربع نسوة كالحر المسلم

يتساويا

يتساويا في سبب الوجوب فيتساويان في الحكم ولان الحرية يبتنى عن
الكمال والرق يشعر بنقصان الحال وقد ظهر اثر النقصان في الشرع
في الملكية وحل المحلية والعدة والحد وغير ذلك فكذا في القسم وهذا
النفقات في السكنى والبتوتة يستوي عبد الحر ليلتين وعند الامة
الثلاثة ليلة فاما في المأكول والمشروب والملبوس فانه يستوي بينهما
لان ذلك من الحاجات اللازمة فيستوي فيه الحر والامة والمريض
في وجوب القسم عليه كالصحيح لما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم استاذن نساءه في مرض موته ان يكون في بيت عايشة رضي
الله عنهما ولو سقط القسم بالمرض لم يكن للاستيذان معنى ولا
قسم على الزوج اذا سافر حتى لو سافر باحديهما وقدم من السفر
فطلبت الاخرى ان يكون عندها مدة السفر فليس بها ذلك
لان مدة السفر ضائعة بدليل ان له ان يسافر وحده دونهن لكن
الافضل ان يقرع بينهن ليخرج بمن خرجت قرعتها تطييبا لقلوبهن
ونفي التهمة الميل عن نفسه هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا اراد سفرا اقرع بين نسايه وقال الشافعي اذا سافر بها بقرعة فلا
قضاء عليه واذا سافر بها بغير قرعة فانه يقسم للباقيات وهذا غير سديد
لان بالقرعة لا تتعين للسفر لانه لا فرق لان لها حقا في حالة السفر ولا فانها
لا تطلع في ظهر الحق ابدا الاختلاف عليها في نفسها لانها لا تخرج وجه
واحد بل مرة هكذا ومرة هكذا والمختلف لا يصلح دليلا على شيء ولو
وهبت احداهما قسمها لصاحبتها او رضيت بترك قسمها جاز لانه
حق ثبت لها فلها ان تستوفيه ولها ان تتركه وقد روي ان سودة
بنت زمعة رضي الله عنها لما كبرت وخشيت ان يطلقها رسول الله
صلى الله عليه وسلم جعلت يومها لعايشة رضي الله عنها وقيل فيها
نزل قوله تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا
جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير والمراد من الصلح

القرعة

لكن

هو الذي جرى بينهما كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما فان رجعت
عن ذلك وطلبت قسمها فلها ذلك لان ذلك اباحة منها والاباحة
لا تكون لازمة كالمباح له الطعام انه يملك البيع منه والرجوع عن
ذلك ولو بذلت واحدة منهن مالا للزوج فيجعل لها في القسم اكثر
مما تستحقه لا يحل للزوج ان يفعل ويرد ما اخذ منها لانه رشوة
لانه اخذ المال لمنع الحق عن المستحق وكذلك لو بذل الزوج لواحدة
منهن مالا ليجعل لوبتها لصاحبتها او بذلت هي مالا لصاحبتها
لتترك لوبتها لها لا يجوز شيء من ذلك ويسترد المال لان هذا
معاوضة القسم بالمال فيكون في معنى البيع وانه لا يجوز هذا
اذا كانت له امراتان او اكثر من ذلك فاما اذا كانت له امراة واحدة
وطالبته بالواجبة لها ذكر القدوري رواية الحسن عن ابي حنيفة
انه قال واذا تشاغل الرجل عن زوجته بالصيام والصلاة او بامة
اشتراها قسم لامراته من كل اربعة ايام يوما ومن كل اربع ليال ليلة
وقيل له تشاغل ثلاثة ايام وثلاث ليال بالصوم وبالامة وهكذا
ذكر الطحاوي انه يجعل لها يوما واحدا يسكن عندها وثلاثة ايام وليا
ليتفرغ للعبادة واشتغاله وجه هذا القول ما ذكره محمد رحمه الله
في كتاب النكاح ان امراة رفعت زوجها الى عمر رضي الله عنه وذكرت
انه يصوم النهار ويقوم الليل فقال عمر رضي الله عنه ما احسنك
ثنا على بعلك فقال كعب يا امير المومنين انما تشكو اليك زوجها
فقال عمر رضي الله عنه احكم بينهما فقال اراها احدى نسائه
الاربع يفطر لها يوما ويصوم ثلاثة ليال ايام فاستحسن ذلك منه
عمر رضي الله عنه فولاه قضا البصرة ذكر محمد رحمه الله هذا في كتاب
النكاح ولم يذكر انه يا خذ بهذا القول وذكر الجصاص ان لا ليس هذا
بمذهبنا لان المزاحمة في القسم انما تحصل بمشاركة الزوجات فاذا لم
تكن له زوجة غيرها لم يتحقق المشاركة فلا يقسم لها وانما يقال له لا تداوم

على

على الصوم ودون المراة حقها كذا قاله الجصاص وذكر الناطفي
في شرحه مختصر الطحاوي ان ابا حنيفة كان يقول اولا كما روي
الحسن عنه لما اشار اليه كعب وهو ان يقول للزوج ان يسقط حقها عن
ثلاثة ايام بان يتزوج ثلاثا اخر سواها فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك
لنفسه فكان الخيار له في ذلك ان شا صرف ذلك الى الزوجات وان شا
صرفه الى صيامه وصلاته واشتغاله ثم رجع عن ذلك وقال ليس هذا
شيء لانه لو تزوج اربعا فيطالبن بالواجب منه يكون لكل واحدة منهن
ليلة من الاربع فلو جعلنا هذا حقا لكل واحدة منهن لا تتفرغ لاعماله
فلم يوقت في هذا وقتا وان كانت المراة امة فعلى قول ابي حنيفة اخيرا ان
مع الرجوع لا شك انه لا يقسم لها كما لا يقسم للحرة من طريق الاولى على
قوله الاول وهو قول الطحاوي يجعل لها ليلة من كل سبع ليال لان للزوج
حق اسقاط حقها عن ستة ايام والاقتصار على يوم واحد بان يتزوج
عليها ثلاث حرائر لان للحرة ليلتان وللامة ليلة واحدة فلما لم يتزوج
فقد جعل ذلك لنفسه فكان له الخيار ان شا صرف ذلك الى الزوجات وان شا
صرف الى الصوم والصلاة والى اشتغال نفسه والاشكال عليه ما نقل عن ابي حنيفة
رحمه الله وما ذكره الجصاص ايضا والله الموفق **فصل** وعليها وجوب
طاعة الزوج على الزوجة اذا دعاها الى الفراش لقوله تعالى ومثل الذي
عليهن بالمعروف قيل لها المهر والنفقة وعليها ان تطيعه في نفسها وتحفظ
غيبته ولان الله تعالى امر بتاديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن
وعني عند طاعتهن بقوله فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا فدل ان
التاديب كان لترك الطاعة فيدل على لزوم طاعتهن للازواج **فصل**
ومنها ولاية التاديب اذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بان كانت ناشزة
فله ان يوعظها لكن على الترتيب فيعظها اولا على الرفق واللين بان يقول
لها كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ولا تكوني من كذا
وكذا فلعل تقبل موعظته وتترك النشوز فان نجعت فيها الموعظة ورجعت

الى الفراش والاهجرها وقيل يحوفهما اولا بالهجران والاعتزال منهما
وترك الجماع والمضاجعة فان تركت والاهجرها لعل نفسها لا تحتمل
الهجران ثم اختلف في كيفية الهجر قيل يهجرها بان لا يجامعها ولا يضاجعها
على فراشه وقيل يهجرها بان لا يكلمها في حال مضاجعته اياها الا ان يترك
جماعها ومضاجعتها لان ذلك حق مشترك بينهما ويكون في ذلك عليه
من الضرر ما عليها فلا يوبه بما فيما يرضي بفسد ويبطل حقه وقيل يهجرها
بان يفارقها في المضجع ويضاجعها خرى في حقها وقسمها لان حقها عليه
في القسم في حال الموافقة وحفظ حد وده لا في حال التطييع وخوف النشوز
والتنازع وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لوقت عليه شهوتها
وحاجتها لا في وقت حاجته اليها لان هذا للتاديب والزجر فينبغي ان يود بما
لا ان يود به تفسده بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته اليه فاذا هجرها
فان تركت النشوز والا ضربها بعد ذلك ضربا غير مبرح ولا شائن والاصل فيه
قوله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضا جع
واضربوهن فظاهر الاية وان كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق
لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو يحتمل ذلك فان نفع الضرب
والارفع الامر الى القاضي ليوجد اليهما حكمين حكما من اهله وحكما
من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما وسبيل هذا سبيل الامر
بالمعروف والنهي عن المنكر في حق سائر الناس ان الامر يبدو ابا
موكلة على الرفق واللين دون التغليظ في القول فان قبل والاغلظ
القول بدا ان قبل والا بسط وكذلك اذا ارتكبت محظورا سوى النشوز
ليس فيه حد مقدور فللزوج ان يود بما تعزيرا لها لان للزوج ان
يعزر زوجته كما للمولى ان يعزر مملوكه فصل ومنها المعاشرة
بالمعروف وانه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى وعاشروهن با
لمعروف قيل هو المعاشرة بالتفضل والاحسان قولا وفعلا وخلقا
قال النبي صلى الله عليه وسلم خيركم خيركم لاهله وانا خيركم لاهلي

وقيل

وقيل المعاشرة بالمعروف هي ان تقابلها بما هو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه
وتقبله وترضى به وكذلك من جانبها هي مندوبة الى المعاشرة الجميلة مع زوجها
بالاحسان باللسان واللطف في الكلام وقول المعروف الذي تطيب
به نفس الزوج وقيل في قوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن هي بالمعروف
ان الذي عليهن من حيث الفضل والاحسان هو ان يحسن الى ازواجهن
بالبر بالبدن باللسان والقول المعروف والله اعلم ويكره للزوج ان يعزل عن
زوجته الحرة بغير رضاها لان الوطي محل انزال سبب لحصول الولد وفيها
في الولد حق والعزل يفوت الولد فكان سببا لفوات حقها وان كان العزل
برضاها لا يكره لانها رضيت بفوات حقها ولما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال اعزلوا ولا تقتلوا ان الله تعالى اذا اراد خلق نسمة
لم يمنعها الا ان العزل حال عدم الرضى صار مخصوصا وكذلك اذا كانت
المرأة امة الغير يكره العزل عنها من غير رضا لكن تحتاج الى رضاها او الى
رضى مولاها قال ابو حنيفة الاذن في ذلك الى المولى وقال ابو يوسف
ومحمد اليهما وجه قولهما ان قضاء الشهوة حقهما والعزل يوجب نقصانا
في ذلك ولابي حنيفة ان كراهة العزل لصيانة الولد والولد لا لهما
والله الموفق فصل واما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول
واما بعد الدخول فيتعلق به احكام منها ثبوت النسب ومنها وجوب
العدة وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر والاصل فيه
ان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله اعني محل حكمه وهو
الملك لان الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والحل
بجميع اجزائه ليس بمحل للملك لان الحرية خلوص والملك ينافي الخلوص
ولان الملك في الادمي لا يثبت الا بالرق والحرية تنافي الرق الا ان الشرع
اسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس الى ذلك وفي النكاح
الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح الى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع
بثبات النسب ووجوب العدة وصيانة البضع المحترم عن الاستهلاك

من غير غرامة ولا عقوبة بوجوب المهر فجعل مستحقا في حق المانع المستوفاة
لهذه الصفة وراث ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول
فلا يجعل مستحقا قبله ثم الدليل على وجوب مهر المثل بعد الدخول ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن
مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر مثلها بما استحل من فرجها فجعل
فيما لاحكم النكاح الفاسد وعلقه بالدخول فدل ان وجوبه متعلق به ثم
اختلفت في تقدير هذا المهر وهو المسمى بالعقد قال اصحابنا الثلاثة
يجب الاقل من مهر مثلها ومن المسمى وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما
بلغ ولذلك هذا الخلاف في الاجارة الفاسدة وجه قول زفر ان المنافع تتقوم
بالعقد الصحيح والفاسد جميعا كالاعتاق فلزم الضمان المتقوم وذلك بايجاب
مهر المثل بالغا ما بلغ لان قيمة منافع البضع وانما العدول الى المسمى عند
صحة التسمية ولم تصح لهذا المعنى اوجبنا كمال القيمة في البيع الفاسد
كذا هنا ولنا ان العاقدين ما قوما المنافع باكثر من المسمى فلا تتقوم باكثر
من المسمى فلا تتقوم باكثر من المسمى فجعلت الزيادة مستوفاة من
غير عقد فلم يكن لها قيمة الا ان مهر المثل اذا كان اقل من المسمى لا يبلغ به
المسمى لانها رضيت بذلك القدر لو فاها بمهر مثلها واختلف ايضا في
وقت وجوب العدة انما هو اي وقت تعتبر قال اصحابنا الثلاثة انما تجب
من حين يفرق بينهما وقال زفر من اخر وطي وطيها حتى لو كانت قد حا
ضت ثلاث حيض بعد اخر وطي وطيها قبل التفريق فقد انقضت
عدتها عنده وجه قوله ان العدة تجب بالوطي لانها تجب لاستبراء الرحم
وذلك حكم الوطي الا ترى انها لا تجب قبل الوطي واذا كان وجوبها بالوطي
تجب عقيب الوطي بلا فصل كالحد وسائر العلل ولنا ان النكاح الفاسد
بعد الوطي منعقد في حق الفراش لما بينا والفراش لا يزول قبل التفريق
بدليل انه لو وطيها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه تكرار الوطي الا
مهر واحد ولو وطيها بعد التفريق يلزمه الحد ولو دخلية بشبهة حتى
امتنع وجوب الحد يلزمه مهر اخر فكان التفريق في النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق
في النكاح الصحيح ثم تعتبر العدة منذ كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح

فتعتبر

فتعتبر العدة منذ لما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح والخلوة في النكاح
الفاسد لا توجب العدة لانه ليس بنكاح حقيقة الا انه الحق بالنكاح
في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافي لحاجة الناكح الى ذلك البيت
في حق غير المستوفي على اصل العدم ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة في الخلوة
ولان الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطي لانها تجب لتعرف براءة الرحم ولم
يوجد حقيقة الا انما اقمنا المتمكن من الوطي في النكاح الصحيح مقامه في
حق حكم يحتاط فيه لوجود دليل المتمكن وهو الملك المطلق ولم يوجد هاهنا
لان الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح انما توجب العدة اذا كان متمكنا
من الوطي حقيقة وان كان ممنوعا منه شرعا بسبب الحيض او الاحرام
او الصوم او نحو ذلك لان هناك دليل الاطلاق شرعا بسبب الحيض
او الاحرام او الصوم او نحو ذلك لان هناك دليل الاطلاق شرعا لوجود
وهو الملك المطلق الا انه منع منه لغيره فكان المتمكن ثابتا او دليله موجود
فيقام مقام المدلول في موضع الاحتياط وهاهنا بخلافه ولا يوجب المهر
ايضا لانه كما لا تجب عما العدة فالمهر اولى لان العدة تحتاط في وجوبها
ولا تحتاط في وجوب المهر **فصل** واما بيان ما يرفع حكم النكاح فبيانه
ببيان ما يقع به الفرقة بين الزوجين اسباب لكن الواقع بينهما فرقة
بطلاق وبينهما فرقة بغير طلاق وفي بعضها تقع الفرقة بغير قضاء القاضي
وفي بعضها لا يقع الا بقضاء القاضي فنذكر جملة ذلك بتوفيق الله تعالى
منها الطلاق بصريحه وكنايته ولها كتاب مفرد ومنها اللعان ولا تقع
الفرقة فيه الا بتفريق القاضي عند اصحابنا وكذا في كيفية هذه الفرقة خلاف
بين اصحابنا نذكره في كتاب اللعان ان شاء الله تعالى ومنها اختيار الصغير
او الصغيرة بعد البلوغ في خيار البلوغ وهذه الفرقة لا تقع الا بتفريق القاضي
بخلاف الفرقة باختيار المراة نفسها في خيار العتق انما ثبتت بنفس
الاختيار وقد بينا وجه الفرق فيما تقدم والفرقة في الخيارين جميعا تكون
فرقة بغير طلاق بل تكون فسخا حتى لو كان الزوج لم يدخل بها فلا مهر

اما في خيار العتق فلا شك فيه لان الفرقة وقعت بسبب وجد منهما وهو
لختيارها نفسها واختيارها نفسها لا يجوز ان يكون طلاقا لانها لا
تملك الطلاق الا اذا ملكت كالمخيره فكان نسخا ونسخ العقد رفعه من
الاصل وجعله كان لم يكن ولو لم يكن حقيقة لم يكن لهما مهر فكذا اذا لحق
بالعدم من الاصل وكذا في خيار البلوغ اذا كان من له الخيار هي المراة فا
ختارت نفسها قبل الدخول بها لما قلنا واما اذا كان من له الخيار هو فا
ختارت نفسه قبل الدخول بها فلا مهر لها ايضا وهذا فيه نوع اشكال
لان الفرقة جاءت من قبل الزوج وجب ان تكون فرقة بطلاق ويتعلق
بها نصف المهر والا نفصال ان الشرع اثبت له الخيار ولو كان ذلك
طلاقا وجب عليه المهر لم يكن لاثبات الخيار معنى لانه يملك الطلاق
فاذ الافايدة في الخيار الا سقوط المهر وان كان قد دخل بها لأن سبيط المهر
لان المهر قد تاكد بالدخول فلا يحتمل السقوط كالفرقة كما لا يحتمل
السقوط بالموت لان الدخول استيفا منافع البضع وانه امر حقيقي
فلا يحتمل الارتفاع من الاصل بالفسخ بخلاف العقد فانه امر شرعي
فكان محتملا للفسخ ولانه لو فسخ النكاح بعد الدخول لوجب عليه رد المثل في
المستوفاة لانه عاد البدل اليه فوجب ان يعود المبدل اليهما وهو لا يقدر
على ردها يلزم قيمتها وقيمتها هو المهر المسمى فلا يفيد ولانه لما استوفى
المنافع تقرر استوفى المعقود عليه وهو البدل فلا يسقط البدل ومنها
اختيار المراة نفسها بعيب الجب والعنة والخصا والخنوثة والباجد بتفريق
القاضي او بنفس الاختيار على ما بينا وانه فرقة بطلاق لان سبب حدوثها
حصل من الزوج وهو المنع من انيا حقها المستحق بالنكاح والظلم وضرر
يحصل الا ان القاضي قام مقامه في دفع الظلم والاصل ان الفرقة اذا حصلت
بسبب من جهة الزوج مختص بالنكاح يكون فرقة بطلاق حتى لو كان ذلك
قبل الدخول بها وقبل الخلوة فلها المسمى ان كان في النكاح تسمية وان لم
يكن فيه تسمية فلها المتعة ومنها التفريق لعدم الكفاة او النقصان المهر

والفرقة

والفرقة به قبل الدخول لا تنافي فرقة حصلت لا من جهة الزوج فلا يمكن
ان يجعل ذلك طلاقا لانه ليس لغير الزوج ولاية الطلاق فيجعل فسخا
ولا تكون هذه الفرقة الا عند القاضي لما ذكرنا في الفرقة بخيار البلوغ
ومنها اباء الزوج الاسلام بعد ما اسلمت زوجته في دار الاسلام ومنها
اباء الزوجة الاسلام بعد ما اسلم زوجها المشرك او المجوسي في دار
الاسلام وجملة الكلام فيه ان الزوجين الكافرين اذا اسلم احدهما في
دار الاسلام فان كانا كتابيين فاسلم الزوج فالنكاح بحاله لان الكتابية
محل لنكاح المسلم ابتدا فكذا بقا وان اسلمت المراة لا تقع الفرقة بنفس
الاسلام عندنا ولكن تعرض الاسلام على زوجها فان اسلم بقيا على
النكاح وان ابى الاسلام فرق القاضي بينهما لانه لا يجوز ان تكون المسلمة
تحت نكاح الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتدا وكذا البقا عليه
وان كانا مشركين او مجوسيين فاسلم احدهما ايهما كان يعرض الاسلام
على الاخر ولا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا فان اسلم فهما على النكاح
وان اباء الاسلام فرق القاضي بينهما لان المشركة لا تصلح طلاقا
لا عنا لا بالطلاق فتجعل فسخا وان كان الاباء من الزوج تكون فرقة
بطلاق في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تكون فرقة بغير
طلاق وهذا كله مذهب اصحابنا وقال الشافعي اذا اسلم احد الزوجين
وقعت الفرقة بنفس الاسلام غير انه ان كان ذلك قبل الدخول تقع
الفرقة للحال فاما بعد الدخول فلا تقع الفرقة حتى تمضي ثلاث حيض
فان اسلم الاخر قبل تحيضها فالنكاح بحاله وان لم يسلم بانت بحيضها
واما الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان كفر الزوج يمنع من نكاح
المسلمة ابتدا حتى لا يجوز للمسلم نكاح المشركة والمجوسية فاذا طرى
على النكاح يبطله قياسا بالطلاق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم
فانه روي ان رجلا من بني ثعلب اسلمت امراته فعرض عمر رضي الله عنه
عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما ولان ذلك يحضر من الصحابة رضي الله

عنهم فيكون اجماعا ولو وقعت الفرقة لنفس الاسلام لما وقعت للحاجة
الى التفريق ولان الاسلام لا يجوز ان يكون مبطلا للنكاح لانه عرض عا
مما للاملاك تكتب يكون مبطلا لما قلا يجوز ان يبطل بالكفر ابطا
لان الكفر كان موجودا منهما ولم يمنع ابتدا النكاح فلان لا يمنع البقا واند
اسمط اولى الان لو بقينا النكاح بينهما لا يحصل المقاصد لانه مقاصد
النكاح لا تحصل الا بالاستفراش والكافر لا يمكن من استفراش المسلمة
والمسلم لا يحل له استفراش المسلمة والمسلم لا يحل له استفراش المشركة
والمجوسية تحتهما فلم يكن في بقاء النكاح فايدة فيفرق القاضي بينهما
عند ابا الاسلام بعد ما اسلمت امراته المشركة او المجوسية او الكتابية
فوجه قول ابي يوسف ان هذه الفرقة يشترك في سببها الزوجان
ويستويان فيه فان الاباء من كل واحد منهما سبب الفرقة ثم الفرقة
الحاصلة بالاباء عند الاباء فوات مقاصد النكاح لان مستباح عند النكاح
اذا لم تحصل لم يكن في بقا النكاح فايدة فتقع الحاجة الى التفريق والا
في التفريق هو الزوج لان الملك له والقاضي ينوب منابه كملك
الفرقة بالعنة والعنة فكان الاصل في الفرقة هو فرقة الطلاق
فيجعل طلاقا ما امكن وفي ابا المراة لا يمكن لانها لا تملك الطلاق
فتجعل فسخا وسنها ردة احد الزوجين لان الردة بمنزلة الموت
لانها سبب منتهي اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولهذا لم يجز نكاح
المرتد لاحد في حال الابتدا فكذا في حال البقا ولانه لا عصمة مع الردة
وملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة غير ان ردة المراة تكون فرقة
بغير طلاق بالاجماع واما ردة الرجل فهي فرقة بغير طلاق في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد فرقة بطلاق وجه قول محمد ظاهر لان الاصل ان
الفرقة اذا حصلت بعضه من قبل الزوج وامكن ان يجعل طلاقا يجعل
طلاقا لان الاصل في الفرق هو فرقة الطلاق واصل ابي يوسف ما
ذكرنا انما فرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان لان الردة من

كل

من كل واحد منهما سبب لثبوت الفرقة ثم الثابت بردتها فرقة بغير ١١٥
طلاق كذا بردته ولابي حنيفة ان هذه الفرقة وان كانت بسبب وجد
من الرجل وهو ردته الا انه لا يمكن ان يجعل الردة طلاقا لانها بمنزلة
الموت وفرقة الموت لا تكون طلاقا ولان الطلاق يختص بما يستفاد
بالنكاح وبالفرقة الحاصلة بالردة فرقة واقعة بطريق التنافي
لان الردة تنافي عصمة الملك وما كان طريقه التنافي لا يستفاد بملك
النكاح فلا يكون طلاقا بخلاف الفرقة الحاصلة بابا الزوج لانها ثبتت
لفوت مقاصد النكاح وتمرانه وذلك مضاف الى الزوج فيلزمه
الامساك بالمعروف والا فالتسريح بالاحسان فاذا امتنع عنه لزمه
القاضي الطلاق الذي يحصل به التسريح بالاحسان كانه طلق امراته
بنفسه والدليل على الفرقة بينهما ان فرقة الاباء لا تحصل الا بالقضا
وفرقة الردة تثبت بنفس الردة ليعلم ان ثبوتها بطريق التنافي ثم
الفرقة بردة احد الزوجين تثبت بنفس الردة فتثبت في الحال عندنا
وعند الشافعي ان كان قبل الدخول فكذلك وان كان بعد الدخول فتتاجل
الفرقة الى مضي ثلاث حيض وهو على الاختلاف في اسلام احد الزوجين
هذا اذا ارتد احد الزوجين هذا اذا ارتد احد الزوجين فاما اذا ارتدا
معا لا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو اسلما معا بقيا على نكاحهما
والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر وجه القياس انه لو ارتد احدهما
لوقعت الفرقة فكذا اذا ارتدا لان في ردتهما ردة احدهما وزيادة وللاستحسان
اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان العرب لما ارتدت في زمن ابي بكر الصديق
رضي الله عنه ثم اسلموا لم يفرق بينهم وبين نسائهم وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم فان قيل ثم يعلم هناك انهم ارتدوا معا
قلنا الجواب انه وان لم يفرق بينهم وبين نسائهم فيما اذا لم يعلم الزمان
بل احتمل التقدم والتاخر والردة والاسلام فيما علم اولا ان لا يفرق ثم
نقول الاصل في كل امرين حادثين اذا لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما

معاكالحربي والمرتدي ولوتزوج المسلم كتابيه مجوسية اوطفلتين
فتمجست ثبتت الفرقة لان المجوسية لا تصلح لنكاح المسلم الاترى انه
لايجوز له نكاحها ابتداء ان كان قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا نفقة
واذا جاءت من قبله قبل الدخول يجب نصف المسمى ان كان المهر مسمى
وان لم يكن يجب متعة وبعد الدخول يجب كل المهر والنفقة ولو كانت
مجوسية فتنصرت اونصرانية فتمجست لم تثبت الفرقة ولم يعترض
عليه عندنا وقال الشافعي لا يمكن من القرار عليه ولكن يحمل على ان
تسلم اوتعود الى دينها الاول فان لم تفعل حتى مضت ثلاث حيض
وقعت الفرقة كما في المرتد وجه قوله اذا كانت معتدة بان الدين الذي
انتقلت اليه باطل فكان ترك الاعتراض عليه تقريرا على الباطل
والله لا يجوز ولنا انها انتقلت من باطل الى باطل والجبر على العود الى
الباطل باطل ولو كانت مجوسية اونصرانية فصبيان لم تثبت الفرقة
في قول ابي حنيفة وهي قول ابي يوسف ومحمد تثبت بنا على
انه يجوز للمسلم نكاح الصابية عنده وعندهما لا يجوز والمسئلة
مرت في موضعها وسنها اسلام احد الزوجين في دار الحرب لكن لا تقع
الفرقة في الحال بل يقف على مضي ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض
وان كانت مما لا تحيض فثلاثة اشهر فان اسلم الباقي منهما في هذه
المدة فهما على النكاح وان لم يسلم حتى مضت المدة وقعت الفرقة
لان الاسلام لا يصلح سببا لثبوت الفرقة عندنا ونفس الكفر ايضا
لا يصلح سببا لما ذكرنا من المعنى فيما تقدم ولكن يعرض الاسلام على
الاخر فاذا اباحينئذ يفرق فكانت الفرقة حاصلة بالاباء لا بالاباء
الاباء بالعرض وقد امتنع العرض لانعدام الولاية وقد مست الحاجة الى
التفريق اذ المشركة لا يصلح لنكاح المسلمة فيقام شرط البينونة وهو مضي
ثلاث حيض اذهو البينونة في الطلاق الرجعي مقام العلة واقامة الشرط
مقام العلة عند تعذر اعتبار العلة جايز في اصول الشرع فاذا مضت

مدة العدة وهي ثلاث حيض صار مضي هذه المدة بمنزلة تفريق
القاضي ويكون فرقة بطلاق على قياس قول ابي حنيفة ومحمد رح
قياس قول ابي يوسف بغير طلاق لانها فرقة بسبب الاباحكما
وتقديرا واذا وقعت الفرقة بعد مضي هذه المدة هل يجب العدة
بعد مضيها فان كانت المراة هي المسلمة فخرجت الى دار الاسلام و
مضت الحيض في دار الاسلام لا عدة عليها ابي حنيفة وعندهما عليها
العدة والمسئلة مذكورة فيما تقدم وان كان المسلم هو الزوج فلا عدة
عليها بالاجماع لانها حربية ومنها اختلاف الدارين عندنا بان خرج
احد الزوجين الى دار الاسلام مسلما او ذميا وترك الاخر كافرا في
دار الحرب وان خرج احدهما مستامنا وبقي الاخر كافرا في دار الحرب
لا تقع الفرقة بالاجماع وقال الشافعي لا تقع الفرقة باختلاف //
الدارين هذا بنا على اصل وهو ان اختلاف الدارين علة لثبوت
الفرقة عندنا وعنده للسبي بعلة واما العلة هي السبي واحتج
بما روي ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت
من مكة الى المدينة وخلفت زوجها ابا العاص كافرا فردها
عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول ولو
ثبتت الفرقة باختلاف الدارين لما رد بل جدد النكاح ولان
تاثير اختلاف الدارين في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية
لا يوجب انقطاع النكاح فان النكاح يبقى بين اهل العدل والبغي
والولاية منقطعة ولنا ان عند اختلاف الدارين يخرج الملك من ان
يكون منتفعا به لعدم التمكن من الانتفاع فلم يكن في بقايه فايدة //
فيزول كالمسلم اذا ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب انه يزول
ملكه عن امواله وتنقض امهات اولاده ومدبروا لما قلنا كذا هذا
بخلاف اهل البغي مع اهل العدل لان اهل البغي من اهل الاسلام
فبقي الطوق اهل العدل فكان امكان الانتفاع ثابتا فبقي النكاح

وهاهنا بخلافه واما الحديث فقد روي انه رد ها عليه بنكاح جديد
فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج به هما ان العمل بهذه الرواية
اولي لانها تثبت امرا لم يكن فكان راوي الرد بالنكاح الاول استصحب
الحال فظن انه رد ها عليه بذلك النكاح الذي كان وراوي النكاح الجديد
اعتمد حقيقة الحال فصار كاجتماع الجرح والتعديل ثم ان كان الزوج
هو الذي خرج فلا عدة علي المرأة بلا خلاف لما ذكرنا انها حربية وان كانت
المرأة هي التي خرجت فلا عدة عليها في قول ابي حنيفة خلافا لهما
وكذلك اذا خرج احدهما ذميا وقلنا لا ذمة صار من اهل دار الا
اسلام فصار كما لو خرج مسلما بخلاف ما اذا خرج احدهما بامان لان
الحربي المستأمن من اهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام علي سبيل المقام
لقضاء بعض حاجاته لا للتوطن فلا يبطل حكم دار الحرب في حقه
كالمسلم اذا دخل في دار الحرب بامان انه لا يصير بالدخول من اهل دار
الحرب لما قلنا كذا هذا ولو اسلما معا في دار الحرب او صارا ذميين
معا او خرجا مسلمين معا فالنكاح علي حاله لانعدام اختلاف الدارين
عندنا وانعدام السبي عنده وعلي هذا يخرج ما اذا سبي احدهما واحرز بدار
الاسلام انه تقع الفرقة بالاجماع لكن علي اختلاف الاصلين عندنا باختلاف
الدارين قصدا وسببا وعنده لا تثبت الفرقة قبل الاحراز بدار الاسلام
ولو سبيا معا لا تقع الفرقة عندنا لعدم اختلاف الدارين وعنده يقع لوجود
السبي واحتج بقوله تعالي والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم
حرم المحصنات وهن ذوات الازواج اذ هو معطوف علي قوله تعالي
حرمت عليكم امهاتكم واستثني المملوكات والاستثناء من الحظر اباحة
ولم يفصل بينما اذا سبيت مع زوجها او سبيب وحدها ولان السبي سبب
لثبوت ملك المتعة للسابي لانه استيلاء ورد علي محل غير معصوم وانه
سبب لثبوت الملك في الرقبة ولهذا ثبت الملك في المسبية بالاجماع
وملك الرقبة يوجب ملك المتعة ومتي ثبت ملك المتعة للسابي يزول ملك

الزوج

الزوج ضرورة بخلاف ما اذا اشتري امة هي منكوحة لغيره انه لا
يثبت للمشتري ملك المتعة وان ثبت له ملك الرقبة بالشراء لان
ملك الزوج في الامة ملك معصوم واثبات اليد علي محل معصوم ٢
لا يكون سببا لثبوت الملك ولنا ان ملك النكاح للزوج كان
ثابتا بدليل مطلقا وملك المالك لا يجوز ان يزول الا ازالته او لعدم
فائدة البقاء اما لفوات المحل حقيقة بالهلاك او تقديرا بخروجه من ان يكون
منتفعا به في حق المالك واما لفوات حاجة المالك بالموت لان الحكم بالزوال
حينئذ يكون تناقضا والشرع منزه عن التناقض ولم توجد الازالة من
الزوج والمحل صالح حتي يحتاط في الملك واسكان الاستمتاع ثابتا ظاهرا
وغالبا اذا سبيا معا او لا يكون نادرا ولذا اذا سبي احدهما والمسمي في دار
الحرب لان احتمال الاسترداد من الكفرة واسترداد الاسري من الغزاة
ليس معهود ان لم يكن غالبا بخلاف ما اذا سبي احدهما واخرج الي دار الاسلام
لانه هناك لا فائدة في بقاء الملك لعدم التمكن عن اقامة الصالح بالملك ظاهرا
وغالبا لاختلاف الدارين واما قول السبي ورد علي محل غير معصوم فنعم لكن الاستيلاء
الوارد علي محل غير معصوم انما يكون سببا لثبوت الملك للسابي فاما الزوجية ملك
النكاح والاية محمولة علي ما اذا سبيت وحدها لما ذكرنا من الدلايل ومنها
الملك الطاري لاحد الزوجين علي صاحبه بان ملك احدهما صاحبه
بعد النكاح افر ملك منتقصا منه لان الملك المقارن يمنع انعقاد النكاح
فالطاري عليه يبطله والفرقة الواقعة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة
حصلت لا من قبل الزوج فلا يمكن ان يجعل طلاقا فيجعل فسخا ولا يحتاج
الي تفريق القاضي لانها فرقة حصلت بطريق التنافي لما بينا في المسايل
المتقدمة فلا يفتقر الي القضاء كالفرقة الحاصلة بردة احد الزوجين
وعلي هذا قالوا في العنن والمجبوب اذا اشتري زوجتها زوجته
لا يبطل نكاحهما لانه لا يملكهما وانما يثبت له فيهما حق الملك وحق الملك
يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة وهذا لان حق الملك هو الملك من

هذا

وجد فكان ملكه فيهما ثابتا من وجه دون وجه فالنكاح اذا لم يكن منعقدا
يقع الشك في انعقاده فلا يقع بالشك واذا كان منعقدا يقع الشك في زواله
فلا يزول بالشك على الاصل المعهود ان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك
والثابت بيقين لا يزول بالشك هذا اذا مضت العدة من ابدا النكاح ولم
يمنع البقاء كذا هذا وقالوا فيمن زوج امته من مكاتبه ثم مات لا يبطل النكاح
بينهما حتى يعجز عن اداء بدل الكتابة وقال الشافعي يفسخ النكاح بناء على
ان المكاتب لا يورث عندنا فلا يثبت الملك للوارث في المكاتب حقيقة وانما
يثبت له حق الملك والملك لا يمنع بقاء النكاح وعنده يورث فيثبت له ما
كان ثابتا للمورث وملكه في المكاتب لان عقد الكتابة اوجب له حق
الحرية للحال على وجه يصير ذلك الحق حقيقة عند الاداء ولهذا ثبت الولاء
من قبله فلو تملنا الملك من الميت الى الوارث لتقرر اثبات حقيقة
الحرية عند الاداء لانعدام تعليقه الحرية عند الاداء فصار للحاجة الى استيفاء
ملك الميت فيه لاجل الحق المستحق للمكاتب فيمنع ثبوت الملك حقيقة
للوارث ويثبت له حق الملك لوجود سبب الثبوت وهو القرابة وشرط
وهو الموت وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء لما ذكرنا الا اذا عجز
عن اداء بدل الكتابة لانه اذا عجز ثبت الملك حقيقة للوارث فيرتفع الكا
ولما مضت البعض اذا اشتري زوجته لا يبطل النكاح في قول ابي حنيفة
وعندهما يبطل بناء على ان مضت البعض اذا اشتري زوجته لا يبطل النكاح
في قول ابي حنيفة وعندهما يبطل بناء على ان مضت البعض بمنزلة الكتابة
عنده وعندهما حر عليه دين والله الموفق ومنها الرضاع الطاري يمنع
النكاح كمن تزوج صغيرة فارضعتها امة باينة منه لانها صارت اختا
له من جهة الرضاع وكذا اذا تزوج صبيتين رضيعتين فجاءت امراة
فارضعتهما بابنتها منه لانها صارتا اختين وحرمت الاخت من
الرضاع ليستوي فيها السابق والطاري وكذا حرمة الجمع بين الاختين
من الرضاعة وذكر ما يتعلق بالرضاع المقارن والطاري من المسايل

في كتاب

في كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى ومنها المصاهرة الطارية بان وطئ
ام امراته او ابنتها والفرقة بها فرقة بغير طلاق لانها حرمة مؤبدة محرمة
الرضاع والفرق في هذه الوجوه بابنة ان المقصود في بعضها الخلاص عن
لا يحصل الا بالبابن وفي بعضها العلل ليس بمقابل لبقاء النكاح فافهم والله الموفق

كتاب الطلاق

قال الشيخ مد الله في عمره الكلام في هذا الكتاب
في الاصل في خمسة مواضع في بيان صفة الطلاق
وفي بيان قدره وفي بيان ركنه وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكمه
اما الاول فالطلاق حسب الصفة نوعان طلاق سنة وطلاق بدعة وان
شيت قلت طلاق مسنون وطلاق مكروه اما طلاق السنة فالكلام فيه
في موضعين احدهما في تفسير طلاق السنة انه ما هو والثاني في بيان الالفاظ
التي يقع بها طلاق السنة انه ما هو والثاني في بيان الالفاظ التي يقع بها
الطلاق السنة اما الاول فطلاق السنة نوعان نوع يرجع الى الوقت ونوع
يرجع الى العدد فكل واحد منهما نوعان حسن واحسن ولا يمكن معرفة
كل واحد منهما الا بعد معرفة اصناف النساء وهن في الاصل على صنفين
حرائر واماء وكل صنف على صنفين حايلات وحاملات والحايلات على
صنفين ذوات الاقراء وذوات الاشهر اذا عرف هذا فنقول احسن الطلاق
في ذوات القروء ان يطلقها طلقة واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا
طلاق ولا في حيضة جماع ولا طلاق ويتركها حتى تنقضي عدتها ثلاث
حيض ان كانت حرة وان كانت امة حيضتان والاصل فيه ما روي عن
ابراهيم النخعي رحمه الله انه قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ورضي عنهم يستحسنون ان لا يطلقوا للسنة الا واحدة ثم لا يطلقوا في
ذلك حتى تنقضي العدة وفي رواية اخرى قال في الحكاية عنهم وكان
ذلك احسن عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا في ثلاثة اطهار وهذا نص
في الباب ومثله لا يكذب ولان الكراهة لامكان احتمال الندم والطلاق
في طهر لا جماع فيه دليل عدم الندم لان الطهر الذي لا جماع فيه زمان

كمال الرغبة والعمل لا تطلق امراته في زمان الرغبة الا لشدة حاجته
الى الطلاق فالظاهر انه لا يلحقه الندم فكان طلاقا لحاجة فيكون
مسنونا ولو لحقه الندم فهو اقرب الى التدارك من الثلاث في ثلاثة اطهار
فكان احسن واما شرطنا ان لا يكون في حيضة جماع والطلاق لانه اذا
جامعها في حيض هذا الطهر احتمل انه وقع الجماع معلقا فيظهر الحبل
فيندم على صنيعه فيظهر انه طلق لا لحاجة واذا طلقها فيه فالطلاق
بمنزلة الطلاق في الطهر الذي بعده لان تلك الحيضة لا تعتد بها ولو
طلقها في الطهر يكره له ان يطلقها اخرى فيه فكذا اذا طلقها في الحيض
ثم طهرت واما في الحامل اذا استبان حملها فالاحسن ان يطلقها واحدة
رجعية وان كان قد جامعها وطلقها عقيب الجماع لان الكراهة هو ذوات
الاقراء لاحتمال الندامة لاحتمال الحبل فمتى طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر
انه لا يندم وكذلك في ذوات الاشهر من الآيسة والصغيرة والاحسن
ان يطلقها واحدة رجعية وان كان عقيب طهر جامعها فيه وهذا
قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يفصل بين طلاق الآيسة والصغيرة
اثيم مقام الحيضة فيمن تحيض ثم يفصل في طلاق السنة بين الوطي وبين
الطلاق بحيضة فيمن تحيض وكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر
كما يفصل فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل بين التطليقتين ولنا ان كراهة
الطلاق في الطهر الذي وجد فيه الجماع في ذوات الاقراء لاحتمال ان يحبل
بالجماع فيندم وهذا المعنى لا يوجد في الآيسة والصغيرة وان
وجد الجماع ولان الاياس والصغر في الدلالة على براءة الرحم فوق الحيضة
في ذوات الاقراء فلما جاز الانتفاع ثمة عقيب الحيضة فلان يجوز هاهنا
عقيب الجماع اولى واما الحسن في الحرة التي هي ذات القرآن يطلقها ثلاثا
في ثلاثة اطهار لا جماع فيها بان يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه
ثم اذا حاضت حيضة اخرى وطهرت طلقها اخرى ثم اذا حاضت
وطهرت طلقها اخرى وان كانت امة طلقها واحدة وهذا قول عامة

العلما

العلما وقال مالك لا امرق طلاق السنة الا ان يطلقها واحدة وبيان كما حق
تقتضي عدتها وجه قوله ان الطلاق المسنون هو طلاق لحاجة والحاجة
تندفع بالطلقة الواحدة فكانت الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث
تطليقها من غير حاجة فيكره لهذا كره الجمع كذا التعزيز اذ كل ذلك طلاق
من غير حاجة ولنا قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي ثلاثا في ثلاثة اطهار
كذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لما روي ان عبد
الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امراته حالة الحيض فسأل ذلك رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام اخطات السنة ما هكذا امرك ربك
ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة فتلك
العدة التي امرك الله تعالى ان تطلق بها النساء فسر رسول الله صلى الله
عليه وسلم الطلاق للعدة بالثلاث في ثلاثة اطهار والله تعالى امر به وادنى
درجات الامر الندب والمندوب اليه يكون حسنا ولان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نص على كونه سنة حيث قال ان من السنة ان يستقبل
الطهر استقبالا فتطليقها لكل طهر تطليقة والدليل عليه ما روينا عن
ابراهيم رحمه الله في حكايته عن الصحابة رضي الله عنهم وكان ذلك عندهم
احسن من ان يطلق الرجل ثلاثا في ثلاثة اطهار وان كان ذلك احسن
من هذا كان هذا حسنا في نفسه ضرورة واما قوله ان الثانية والثالثة
تطليق من غير حاجة فممنوع فان الانسان قد يحتاج الى حسم باب نكاح
امراته على نفسه لما ظهر له ان نكاحها ليس بسبب المصلحة له دينا ودنيا لكن
يميل قلبه اليها لحسن ظاهرها فيحتاج الى الحسم متى وجد ينسد باب الوصول
اليها ولا يلحقه الندم ولا يمكنه دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة واحدة لانها
تعقب الندم غالبا ولا يمكنه التدارك فيقع في الزنا فيحتاج الى ايقاع الثلاث
في ثلاثة اطهار فيطلقها تطليقة رجعية في طهر لا جماع فيه ويجوب نفسه
الى هل يمكنه الصبر عنها فان لم يمكنه راجعها وان امكنه طلقها تطليقة اخرى
في الطهر الثاني ويجوب نفسه ثم يطلقها ثالثة في الطهر الثالث فيحسم

باب النكاح عليه من عليه دم بالحمد لله هذا وبخالفها فكان التباعد الثانية
والثالثة بالطهر الثاني والثالث طلاقا لحاجة فكان مسنونا على ان الحكم
تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها امرا باطنا لا يوقف عليه فيقام
الطهر الجاني عن الجماع مقام الحاجة في الطلاق فكانه تكرر الطهر دليل
تجدد الحاجة فيبقى الحكم عليه ثم اذا وقع عليها ثلاثا تطليقات في ثلاثة
اطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة لان العدة بالحيض عندنا او بقيت حيضة واحدة فاذا حاضت حيضة اخرى
فقد انقضت عدتها وان كانت امة فاذا وقعت عليها تطليقتان
في طهرين فقد مضت من عدتها وان كانت من ذوات الاشهر طلقها واحدة
رجعية فاذا مضى شهر طلقها اخرى ثم اذا مضى شهر طلقها اخرى
اخرى اذا كانت حرة ووقع عليها ثلاث تطليقات ومضى من عدتها
شهران وبقي شهر واحد من عدتها فاذا مضى شهر اخر فقد انقضت
عدتها وان كانت امة وقعت عليها تطليقتان في شهر بقي من عدتها
نصف شهر فاذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها وان كانت حاملا
فكذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف يطلقها ثلاثا للسنة ويفصل بين
كل تطليقة بشهر وقال محمد لا تطلق الحامل للسنة الا واحدة وهو قول
زفر وذكر محمد رحمه الله في الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن مسعود
وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم ولا خلاف في ان المعتد
طهرها لا تطلق للسنة الا واحدة وجه قول محمد وزفر ان اباحة التفريق
في الشرع متعلقة بالتجدد وصول العدة لان كل قرء في ذوات الاقراء فصل
من فصول العدة وكل شهر في الايسة والصغيرة فصل من فصول العدة و
مدة الحمل كلها فصل واحد من العدة لتعذر الاستبراء في حق الحامل فلم
يكن في معنى مورد الشرع فلا يفصل بالشهر ولهذا لم يفصل في المعتد طهرها
بالشهر كذا ها هنا ولابي حنيفة وابي يوسف قوله تعالى الطلاق مرتان
فامساك بمعروف او تسريح باحسان شرع الثلاث متفرقا من غير فصل

بين

بين الحامل والحايل اما شرع عيه طلقة وطلقة فيقوله تعالى الطلاق مرتان
لان معناه وقعتان على ما ذكر وشرع عيه الطلقة الثالثة بقوله او تسريح
باحسان او بقوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير
فصل ولان الحامل ليست من ذوات الاقراء فليفصل بين طلاقها بشهر كالايسة
والصغيرة والجامع ان الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان تجدد الرغبة في
العادة فيكون دليل تجدد الحاجة وهذا المعنى موجود في الحامل فيفصل
واما كون الشهر فصلا من فصول العدة فلا اثر له فكان من اوصاف الوجود
لا من اوصاف التاثير انما المؤثر ما ذكرنا فيبنى الحكم عليه وما ذكر محمد رحمه
الله في الاصل ولا حجة فيه فيدله لان لفظ الحديث افضل طلاق الحامل
ان يطلقها واحدة ثم يدعها حتى يضع حملها وبه نقول ان ذلك افضل
ولا كلام فيه واما المعتد طهرها فانما يطلق للسنة الا واحدة لانها من ذوات
الاقراء انما قدرات الدم وهي شابة لم تدخل في حد الاياس الا انه
امتد طهرها لما فيها يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقي احكام ذوات
الاقراء فيها ولا تطلق ذوات القروء في طهر لاجماع فيها للسنة الا واحدة
ولو طلق امراته تطليقة واحدة في طهر لاجماع فيه ثم راجعها بالقول
في ذلك الطهر فله ان يطلقها في ذلك الطهر في قول ابي حنيفة وزفر
وقال ابو يوسف لا تطلق في ذلك الطهر للسنة وهو قول الحسن بن زياد
وقول محمد مضطرب ذكره الطحاوي مع قول ابي حنيفة وذكر الفقيه
ابو الليث مع قول ابي يوسف ولو اتبعها في طهر لم يجامعها فيه ثم
تزوجها فله ان يطلقها في ذلك الطهر بالاجماع وجه قول ابي يوسف
ولو اتبعها في طهر لم يجامعها ان الطهر طهر واحد والجمع بين طلاقين
في طهر واحد لا يكون سنة كما قبل الرجعة ولابي حنيفة انه لما راجعها
وقد ابطل حكم الطلاق وجعل الطلاق كانه لم يكن في حق الحكم ولا عنا
عادت الى الحالة الاولى بسبب من جهته فكان له ان يطلقها اخرى
كما اذا ابانها في طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها وعلى هذا الخلاف اذا

راجعها بالقبلة او باللمس عن شهوة او بالنظر الى فرجها عن شهوة
وعلى هذا الخلاف اذا امسك الرجل امراته لشهوة فقال لها في حال
الملامسة لشهوة بان كانا اخذا بيدها لشهوة انت طالق ثلاثا للسنة
وذلك لطهر لم يجامعها فيه ان يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب
للسنة في قول ابي حنيفة رحمه الله فتقع التطليقة الاولى ويصير
مراجعا لها بالامساك عن شهوة ثم تقع الاخرى ويصير مراجعا
بالامساك ثم تقع الثالثة وعند ابي يوسف لا يقع عليها للسنة
الا واحدة والطلاقان الباقيان انما يقعان في الطهرين الباقيين
وهذا اذا راجعها بالقول او بفعل المس عن شهوة فاما اذا راجعها
بالجماع بان طلقها في طهر لا جماع فيه ثم جامعها حتى صار مراجعا
لها ثم اراد ان يطلقها في ذلك الطهر ليس له ذلك لان حكم الطلاق قد
بطل بالمراجعة فبقي ذلك الطهر لهما مبتدأ جامعها فيه فلا يجوز له
ان يطلقها فيه هذا اذا راجعها بالجماع ولم تحمل منه فان حملت منه
فله ان يطلقها اخرى في قول ابي حنيفة ومحمد وزفر وعند ابي يوسف
ليس له ان يطلقها حتى يمضي شهر من التطليقة الاولى ابو ابو يوسف
يقول هذا طهر واحد فلا يجمع فيه بين طلاقين كما في المسئلة الاولى وهم
يقولون ان الرجعة ابطلت حكم الطلاق والحقته بالعدم وكراهة الطلاق
في الطهر الذي جامعها فيه لكان الندم لاحتمال الحمل فاذا طلقها مع
العلم بالحمل لا تقدم كما لم يكن طلقها في هذا الطهر ولكن جامعها فيه
فحملت كان له ان يطلقها لما قلنا كذا هذا ولو طلق الصغيرة تطليقة
ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر فله ان يطلقها اخرى في قولهم جميعا
لانها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر لان الشهر في حقها بدل عن الحيض
ولا حكم للبدل مع وجود المبدل واما اذا طلق امراته وهي من ذوات
الاقراء ثم ايست فله ان يطلقها اخرى يايس في قول ابي حنيفة وقال
ابو ابو يوسف لا يطلقها حتى يمضي شهر وجه قول ابي يوسف ان هذا الطهر

واحد

واحد فلا يحتمل طلاقين ولابي حنيفة ان حكم الحيض قد بطل بالياس
وانتقل حالها من العدة بالحيض الى العدة بالشهور وذلك يفصل بين
التطليقتين كالانتقال من الشهور الى الحيض في حق الصغيرة وهذا
التفريع انما يتصور على الرواية التي تقدر للاياس حدا معلوما خمسين
سنة او ستين سنة فاذا تمت هذه المدة بعد التطليقة حل له ان
يطلقها اخرى عند ابي حنيفة لما ذكرنا فاما على الرواية التي لم تقدر
للاياس مدة معلومة وانما علقه بالعادة فلا يتصور هذا التفريع
ولو طلق امراته في حالة الحيض ثم راجعها ثم اراد طلاقها ذكر في الاصل
انما اذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها ان شاء وذكر الطحاوي انه
يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة وذكر الكرخي انما ذكره الطحاوي
في قول ابي حنيفة وما ذكره في الاصل قول ابي يوسف ومحمد وجه ما ذكر
في الاصل ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه لما
طلق ابنه عبد الله امراته في حالة الحيض مر ابنك فليراجعها ثم يدعها
حتى تحيض فتطهر ثم تحيض فتطهر ثم ليطلقها ان شاء طاهرا من غير جماع
امراته بترك الطلاق الى الطهر الثاني فدل ان وقت طلاق السنة هو الطهر
الثاني دون الاول ولان الحيضة التي طلقها فيها غير محسوبة من العدة
فكان الايقاع فيها كالايقاع الطلاق في الطهر الذي بينا ولو طلقها في الطهر
الذي يليها لم تكن له ان يطلق فيه اخرى كذا هذا وجه ما ذكره الطحاوي
ان هذا الطهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له ان يطلقها فيه كالطهر
الثاني واما الحديث فقد روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله اخطأت
السنة ما هكذا امرك ربك ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها
لكل طهر تطليقة حمل الطلاق في كل طهر على وجه السنة والطهر الذي يلي
الحيضة طهر فكان الايقاع فيه ايقاعا على وجه السنة فيجمع بين الروايتين
فيحمل تلك الروايات على الاحسن لانه امره بالتطليقة الواحدة في طهر واحد
لا جماع فيه وهذا احسن الطلاق وهذه الروايات على الحسن لانه امره بالثلاث

في ثلاثة اطهار جميعا بين الروايتين عملا بهما جميعا بقدر الامكان والله الموفق

فصل واما بيان الالفاظ التي يقع بها طلاق السنة فالالفاظ التي يقع بها طلاق السنة نوعان نص ودلالة اما النص فيجوز ان يقول انت طالق للسنة وجملة الكلام فيه ان الرجل اذا قال لامرأته وهي مدخول بها انت طالق للسنة ولا نية له فان كانت من ذوات الاقراء وقعت تطليقة للحال ان كانت طاهرا من غير جماع وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت بها تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام لان اللام الاولى للاختصاص فينبغي ان تكون التطليقة مختصة بالسنة فاذا دخل لام التعريف في السنة فيقتضي استغراق السنة وهذا يوجب مخصصا سنة بحيث لا يشرها معنى البدعة او ينصرف الى السنة المتعارفة فيما بين الناس والسنة المتعارفة المعهودة في باب الطلاق ما لا يشرها معنى البدعة وليس ذلك الا الواقع في طهر لا جماع فيه وان نوى ثلاثا فثلاث لان التطليقة المختصة بالسنة المتعارفة بلام التعريف نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه وان نوى ثلاثا ثلاث لان التطليقة المختصة بالسنة المتعارفة والحسن ان يطلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار فاذا نوى الثلاث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال انت طالق ثلاثا للسنة واذا اراد واحدة بانية لم تكن بانية لان لفظ الطلاق لا يدل على البينونة وكذا لفظة السنة تمنع ثبوت البينونة لان الاباينة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية ويستحيل ان يثبت بالنظر ما يمنع ثبوته وان نوى الثنتين لم تكن ثنتين ولقوله للسنة اخرى لم يقع لان قوله للسنة ليس من الالفاظ الطلاق بدليل انه لو قال لامرأته انت للسنة ونوى الطلاق لا يقع ولو قال انت طالق ثنتين للسنة او ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر لم يجامعها فيه

تطليقة

تطليقة لانها هي التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف ولو قال انت طالق ثلاثا للسنة ونوى الوقوع للحال صحت نيته ويقع الثلاث ساعة تكلم عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تصح نيته وتقع على الاطهار وجه قوله انه نوى ما لا يحتمله لفظه فتبطل نيته وبيان ذلك ان قوله انت طالق ثلاثا للسنة ايقاع التطليقات الثلاث في ثلاثة اطهار ولو نص على ذلك ونوى الوقوع للحال لم تصح نيته كذا هذا ولنا ان الطلاق تصرف مشروع في ذاته وانما الحظر والحرمة في غيره لما بينا فكان كل طلاق في اي وقت كان سنة فكان ايقاع الثلاث في الحال ايقاعا على وجه السنة حقيقة الا ان السنة عند الاطلاق ينصرف الى ما لا يشرها معنى البدعة لملازمة الحرام اياه للعرف والعادة فاذا نوى الوقوع للحال فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته ولان السنة نوعان سنة ايقاع وسنة وقوع لان وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لما بينا فاذا نوى الوقوع للحال فقد نوى احد نوعي السنة فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت وان كانت اليسه او صغيرة فقال لها انت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وان كان قد جامعها وكذا اذا كانت حاملا قد استبان حملها وان نوى الثلاث لقوله للايسة والصغيرة انت طالق للسنة او قال انت طالق لما للسنة يقع للحال واحدة ولعد شهر اخرى ولعد شهر اخرى وكذلك الحامل على قول ابي حنيفة وابي يوسف واما على قول محمد لا يقع الا واحدة بناء على ان الحامل تطلق ثلاثا للسنة عندهما وعنده لا تطلق الا واحدة ولو قال انت طالق تطليقة للسنة فهو مثل قوله انت طالق للسنة وكذلك اذا قال انت طالق طلاق السنة واما الدلالة فنحو ان يقول انت طالق طلاق العدة او طلاق العدل او طلاق الدين او طلاق الاسلام او طلاق الحق او طلاق القرآن او طلاق الكتاب اما طلاق العدة فانه الطلاق في طهر لا جماع

فيه لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وطلاق العدل هو المايل عن الباطل
الى الحق لان العدل عند الاطلاق ينصرف اليه وان كان الاسم في اللغة
وضع دلالة على مطلق الميل كالاسم الجور فانه عند الاطلاق ينصرف الى
الميل من الحق الى الباطل وان وضع في اللغة دلالة على مطلق الميل
والطلاق المايل من الباطل الى الحق هو طلاق السنة وطلاق الدين والاسلام
والقران والكتاب هو ما يتضمنه الدين والاسلام والقران والكتاب
وهو طلاق السنة وكذلك طلاق الحق هو ما يتضمنه الدين الحق وذلك
طلاق السنة وكذلك قوله انت طالق احسن الطلاق او اجمل الطلاق
اذا عدل الطلاق لانه ادخل في التفضيل واضاف الى الطلاق
المعرف باللام الواقع على الجنس فيقتضي وقوع الطلاق له مزية
على جميع انواع الطلاق الحسن والجمال والعدالة كما اذا قيل فلان اعلم
الناس يوجب هذا مزية له على جميع طبقات الناس في العلم
وهذا تفسير طلاق السنة ولو قال انت طالق تطليقة عدلة او عدليه
او عادلة او سنية يقع للسنة في قول ابي يوسف وسوى بين
قوله انت طالق تطليقة عادلة او سنية للسنة وفرق بينه
وبين قوله انت طالق تطليقة حسنة او جميلة وذكر محمد في الجامع
الكبير انه يقع للحال تطليقة رجعية سواء كانت حايضا او غير حايض
جامعها في طهرها او لم يجامعها وسوى بينه وبين قوله انت طالق
تطليقة سنية وصف التطليقة بكونها سنية والطلاق السني
في اي وقت اوقع به الطلاق فهو سني لانه تصرف مشروع وبالقران
القبح به لا يخرج من ان يكون مشروعا في ذاته وهذا القدر يكفي لصحة
الاتصاف بكونها سنية ولا تشترط الكمال الا ترى انه لو قال لامراته
انت بائن وقعت تطليقة واحدة ولانه ينصرف الى الكمال وهو البينونة
الحاصلة بالثلاث كذا ها هنا ولهذا وقع الطلاق للحال في قوله حسنة

او

او جميلة بخلاف قوله انت طالق للسنة لان ذلك ايقاع تطليقة مختصة
بالسنة لان اللام الاولى للاختصاص كما يقال هذا اللجام لهذا الفرس
وهذا الاكاف لهذه البغلة وهذا المقل لهذا الباب واللام الثانية
للتعريف فان كانت للتعريف الجنس وهو جنس السنة اقتضى صفة
التحصن للسنة وهو ان لا يشرها بدعة ان كانت لتعريف المعهود فا
لسنة المعهودة في باب الطلاق ما لا يشرها معنى البدعة وهو الطلاق
في طهر لا جماع فيه وجه قول ابي يوسف ان هذا ايقاع طلاق موصوف
بكونه سنيا مطلقا فلا يقع الا على صفة السنة المطلقة والطلاق
السني على الاطلاق لا يقع في غير وقت السنة ولهذا اوقع في وقت السنة
في قوله انت طالق للسنة كذا هذا وفرق ابو يوسف بين السنة وبينه
الحسنة والجميلة بان ما كان الغالب فيه ان يجعل صفة للطلاق يجعل صفة
المراة كقوله حسنة وجميلة لان المراة مذكورة بقوله والتطليقة مذكورة
ايضا فيحمل على ما يغلب استعمال اللفظ فيه ولو قال لامراته وهي ممن
تحيض انت طالق للحيض وقع عند كل طهر من كل حيضة تطليقة لان الحيض
التي يضاف اليها الطلاق هي اطهار العدة وان كانت ممن لا تحيض
فقال لها انت طالق للحيض لا يقع عليها شيء لانه اضاف الطلاق الى
ما ليس بموجود فصار كانه علقه بشرط لم يوجد ولو قال لطهارها هي
ممن لا تحيض انت طالق للشهور يقع للحال واحدة وبعد شهر اخرى لان
الشهور التي يضاف اليها الطلاق هو شهور العدة وكذا الحامل على قياس
قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو نوى بشيء من الالفاظ التي يقع بها طلاق
السنة وهو الطلاق في الطهر الذي لا جماع فيه الوقوع للحال تصح نيته
ويكون على ما نوى لانه نوى ما يحتمله كلامه اما في لفظ الاحسن والاجمل
والاعدل فلان التفضيل قد يذكر ويراد به مطلق الصفة قال الله تعالى
وهو اهون عليه اي هين عليه اذ لا تفاوت للاشياء في قدرة الله تعالى
بل هي بالنسبة الى قدرته سواء فقد نوى ما يحتمله لفظه ولا تهمة في

العدول عن هذا الظاهر لما فيه من التشديد على نفسه فكان محمدا
وكذا في سائر الالفاظ لما ذكرنا ان الطلاق تصرف مشروع لي نفسه فكا ن
ايقاعه سنة في كل وقت الا ان وقوعه عرف بالسنة على ما نذكر ولكن
ليشرع ابو يوسف ان هذا النوع من الالفاظ انقسام ثلاثة قسم منها يكون
طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء لوي اولم ينو وقسم
منها يكون طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء ان نوى وانلم
ينو لا يكون طلاق السنة ويقع الطلاق للحال وقسم منها ما يصدق فيه انا
قال نويت به طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى ويقع في اوقاتنا ولا
يصدق في القضاء بل يقع للحال اما القسم الاول فنحو ان يقول انت طالق
للعدة او انت طالق طلاق العدل او طلاق الدين او طلاق الاسلام او قال انت
طالق طلاقا عدلا او طلاق سنة او طلاق عدة او احسن الطلاق او اجمل الطلاق
او طلاق الحق او طلاق القرآن او طلاق الكتاب او انت طالق للسنة او في
السنة او بالسنة او مع السنة او عند السنة او على السنة واما القسم الثاني
فنحو ان يقول انت طالق في كتاب الله او بكتاب الله او مع كتاب الله لان في
كتاب الله دليل وقوع الطلاق للسنة والبدعة لان فيه شرع الطلاق
مطلقا فكان الطلاق تصرفا مشروعا في نفسه فكان كلامه محتملا للا
مرين فوثق على نيته واما القسم الثالث فنحو ان يقول انت طالق على
اوامر الكتاب او على القضاة او على قول الفقهاء او قال انت طالق لقضاة
او طلاق الفقهاء لان الفقهاء والقضاة يقولون من كتاب الله تعالى قال الله
تعالى ولا رطب ولا يابس الا في كتاب مبين وفي كتاب الله تعالى دليل
الامرين جميعا فما بينا فكان لفظه محتملا للامرين فيصدق فيما بينه
وبين الله تعالى ويقع في وقت السنة ولا يصدق في القضاء لانه خلاف
الظاهر والله اعلم وان كان الزوج غائبا فاراد ان يطلقها للسنة واحدة
فانه يكتب اليها اذا جاءك كتابي هذا فانت طالق ثم اذا حضت ثم طهرت فانت طالق
واراد ان يطلقها ثلاثا للسنة يكتب اليها اذا جاءك كتابي هذا فانت طالق ثم اذا حضت
ثم طهرت فانت طالق ثم اذا حضت ثم طهرت فانت طالق ثم اذا حضت ثم طهرت

قالت

قالت طالق وذكر محمد في الرقيات انه يكتب اليها اذا جاءك كتابي هذا فانت طالق
ما فيه ثم حضت وطهرت فانت طالق وتلك الرواية احوط والله اعلم

فصل واما طلاق البدعة فالكلام فيه في ثلاثة مواضع في تفسيره
وفي الالفاظ التي يقع بها طلاق البدعة وفي بيان حكمه اما الاول فطلاق
البدعة نوعان ايضا نوع يرجع الى الوقت ونوع يرجع الى العدد اما
الذي يرجع الى الوقت فنوعان ايضا احدهما الطلقة الواحدة الرجعية
في حالة الحيض اذا كانت مدخولا بها سواء كانت حرة او امة لما روينا عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما حين
طلق امرأته في حالة الحيض اخطأت السنة ولان فيه تطويل العدة عليها
لان الحيضة التي صادفها الطلاق غير محسوبة من العدة فتطول العدة
عليها وذلك اضرار بها ولان الطلاق المباح هو طلاق في زمان كمال
الرغبة وزمان الحيض وزمان النفور فلا يكون الاقدام عليه دليل الحاجة
الى الطلاق فلا يكون الطلاق فيه سنة بل يكون سببها الا ان هذا المعنى
يشكل بما قبل الدخول فالصحيح هو المعنى الاول واذا طلقها في حالة
الحيض فالافضل له ان يراجعها لما روي ان ابن عمر رضي الله عنهما
لما طلق امرأته في حالة الحيض امر النبي صلى الله عليه وسلم ان يراجعها
ولانه اذا راجعها امكنه ان يطلقها للسنة فتبين منه بطلاق غير مكروه
فكانت الرجعة اولى ولو امتنع عن المراجعة لا يجبر عليها وذكر في
العيون ان الامة اذا اعتقت فلا بأس بان تختار نفسها وهي حايض
وكذلك الصغيرة اذا ادركت وهي حايض وكذلك امرأة العنين اذا
مضى اجل العنين وهي حايض والثاني الطلقة الواحدة الرجعية
في ذات القرء في طهر جامعها فيه حرة كانت او امة لاحتمال انها حملت
بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم فتبين انه طلقها لا لحاجة و
فايدة فيكون فكان سببها فلا يكون سنة ولانه اذا جامعها فقد قلت
رغبته اليها فلا يكون سنة ولانه ان اجامعها في ذلك الطهر طلاقا لحاجة

على الاطلاق ثلم يكن سنة واما الذي يرجع الي العدد ثم اتباع الثلاث او
الثنتين في طهر واحد لاجماع فيه سواكان على الجمع بان اوقع الثلاث جملة
واحدة او على التفاريق واحدا بعد واحد لعدان كان الكل في طهر واحد
وهذا قول اصحابنا وقال الشافعي لا اعرف في عدد الطلاق سنة ولا
بدعة بل هو مباح وانما السنة والبدعة في الوقت فقط واحتج لهم ذات
الطلاق من الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن
وقوله الطلاق مرتان وقوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم
تمسوهن شرع الطلاق من غير فصل بين العزد والعدد والمعترف
والمجتمع اما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا الطلاق البهي
والمعتوه والدليل على ان الطلاق في طهر واحد مشروع انه معتبر
في حق الحكم بلا خلاف بين الفقهاء وغير المشروع لا يكون معتبرا في
حق الحكم الا تري ان بيع الخل والخمير ونكاح الاجانب لما كان مشروعا
كان معتبرا في حق الحكم وبيع الميتة والدم والخمر والخنزير ونكاح
المحارم لما لم يكن مشروعا لم يكن معتبرا في حق الحكم وهاهنا لما اعتبر
في حق الحكم دل انه مشروع وبهذا عرفت شرعية الطلقة الواحدة
في طهر واحد والثلاث في ثلاثة اطهار كذا المجتمع ولنا الكتاب والسنة
والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي في اطهار
عدتهن هكذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما بينا فيما تقدم
امر بالتفريق والامر بالتفريق يكون نهيا عن الجمع ثم ان كان الامر
امر ايجاب كان نهيا عن ضده وهو الجمع بني تحريم وان كان امر ندب
كان نهيا عن ضده وهو الجمع بني ندب وكل ذلك حجة على المخالف لان
الاول يدل على التحريم والاخر يدل على الكراهة وهو لا يقول بشيء من
ذلك وقوله تعالى الطلاق مرتان اي دفعتان الا تري ان من اعطي
اخر درهمين لم يجز ان يقال اعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين وزجه
الاستدلال ان هذا وان كان ظاهره الخبر فان معناه الامر لان الحمل
على ظاهره يؤدي الي الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف لان الطلاق

على

على سبيل الجمع قد يوجد وقد يخرج اللفظ مخرج الخبر على ارادة الامر
قال الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن اي ليتربصن وقال
والوالدات يرضعن اولادهن اي ليرضعن ويحمل ذلك هاهنا فصار
كانه قال لمطلقتا مرتين اذا اردتم الطلاق والامر بالتفريق ينهي الجمع
لانه ضده فيدل على كون الجمع حراما او مكروها على ما بينا فان قيل هذه
الاية حجة عليكم لانه ذكر جنس الطلاق وجنس الطلاق ثلاث والثلاث
اذا وقع دفعتين كان الواقع في دفعة لمطلقتان فيدل على كون التطليقتين
في دفعة مسنونتين قلنا الجواب ان هذا امر بتفريق الطلاقين من الثلاث
لا بتفريق الثلاث لانه امر بالرجعة عقيب الطلاق مرتين اي
دفعتين بقوله تعالى فامساك بمعروف وهو الرجعة وتفريق الثلاث
وهو ايقاعها دفعتين لا يعقب الرجعة فكان هذا امر بتفريق الطلاقين
من الثلاث لا بتفريق كل جنس الطلاق وهو الثلاث والامر بتفريق
طلاقين من الثلاث يكون نهيا عن الجمع بينهما فوضح وجه الاحتجاج
بالاية بحمد الله تعالى واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش
الرحمن نهي عن الطلاق ولا يجوز ان يكون النهي عن الطلاق لعينه
لانه بقي مشروعا شرعا فحق الحكم بعد النهي فعلم ان هاهنا معنى
حقيقيا ملازما للطلاق يصلح ان يكون منهيا فكان النهي عنه
لا عن الطلاق ويجوز ان يمنع عن المشروع لكان الحرام الملازم
كما في الطلاق في حالة الحيض والبيع وقت النداء والصلاة في الارض
المغصوبة وغير ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه كان لا يوتى برجل
طلق امرأته ثلاثا الا اوجعه ضربا واجاز ذلك عليه وذلك بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا والله اعلم واما المعقول فمن
وجوه احدها ان النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة الي مصالح الدين
والدنيا والطلاق ابطال له وابطال المصلحة مفسدة وقد قال الله تعالى

والله لا يحب الفساد وهذا معنى الكراهة الشرعية هاهنا عندنا
ان الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به الا انه قد يخرج من ان يكون مصلحة
لعدم توافق الاخلاق وتباين الطباع والفساد يرجع الى نكاحها
بان علم الزوج بان المصالح لا تقوم بنكاح هذه المرأة وان المقام
سبب تسادد بينه وبينها فتنقلب المصلحة في الطلاق ليستوفي
مقاصد النكاح في امرأة اخرى الا ان احتمال انه لم يتأمل حق التأمل
ولم ينظر حق النظر في العاقبة قائم والشرع يدعوه الى النظر وذلك
في ان يطلقها طلقة واحدة رجعية ان التباين او الفساد اذا كان
من جهة المرأة تتوب وتعود الى الصلاح اذا فارقت مرارة
الفراق وان كانت لا تتوب نظر في حال نفسه انه هل يمكنه الصبر
عنها فان علم انه لا يمكنه الصبر عنها راجعها وان علم انه يمكنه
الصبر عنها يطلقها في الطهر الثاني ثانيا وجرب نفسه ثم يطلقها
ليخرج نكاحها ان يكون مصلحة ظاهرا وغالبا لانه لا يلحقه الندم
غالبا فان بحت الطلقة الواحدة والثلاث في ثلاثة اطهار على تقدير
خروج نكاحها من ان يكون مصلحة وصيرورته المصلحة في الطلاق
فاذا طلقها ثلثا جملة واحدة في حالة الغضب وليست حالة الغضب
حالة التأمل لم يؤمن خروج النكاح من ان يكون مصلحة فكان الطلاق
ابطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة والثاني ان النكاح
عقد مسنون بل هو واجب لما ذكرنا في كتاب النكاح فكان الطلاق
ابطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة والثاني ان النكاح
عقد مسنون بل هو واجب لما ذكرنا في كتاب النكاح فكان الطلاق قطعا للسنة
وتفويتا للواجب فكان الاصل فيه الحظر والكراهة الا انه رخص للتا ديب
او التخليص والتاديب يحصل بالطلقة الواحدة الرجعية لان
التباين او الفساد اذا كان من قبلها فاذا ذاقت مرارة الفراق فالظاهر انها تتأدب وتتوب الى الموافقة والصلاح والتخليص يحصل

بالثلاث

بالثلاث في ثلاثة اطهار والثابت بالرخصة يكون ثابتا بطريق الضرورة
وحق الضرورة صار مقضيا بما ذكرنا فلا ضرورة الى الجمع بين الثلاث
في طهر واحد بقي ذلك على اصل الحظر والثالث اذا طلقها ثلاثا في طهر
واحد ندما يلحقه الندم وقد قال الله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد
ذلك امرا فقيل في التفسير اي ندامة على ما سبق من فعله او رغبة فيها
ولا يمكنه التدارك بالنكاح فيقع في السفاح فكان في الجمع احتمال
الوقوع في الحرام وليس في الامتناع ذلك والتحرز عن مثله واجب
شرعا وعقلا بخلاف الطلقة الواحدة لانها لا تمنع من التدارك بالرجعة
وبخلاف الثلاث في ثلاثة اطهار لان ذلك لا يعقب الندم غالبا
لانه يجرب نفسه في الاطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم وقد خرج الجواب
عما ذكره المخالف لان الطلاق عندنا تصرف مشروع في نفسه الا
انه ممنوع عنه لغيره لما ذكرنا من الدلائل وليستوي في كراهة الجمع
ان تكون المرأة حرة او امة مسلمة او كتابية لان الواجب للكراهة لا يوجب
الفصل وهو ما ذكرنا من الدلائل والخلع في الطهر الذي لا جماع فيه
غير مكروه بالاجماع وفي الطلاق الواحد البائن روايتان ذكر في كتاب
الطلاق انه يكره وذكر في زيادات الزيادات انه لا يكره وجه تلك
الرواية انه لا يفارق الرجعي الا في صفة البينونة وصفة البينونة
لا تنافي صفة السنة الا ترى ان المطلقة الواحدة قبل الدخول بائنة
وانها سنة وكذا الخلع في طهر لا جماع فيه بائن وانه سنة وجه رواية
كتاب الطلاق ان الطلاق شرع في الاصل بطريق الرخصة للحاجة
على ما بينا ولا حاجة الى البائن لان الحاجة تندفع بالرجعي فكان
الطلاق البائن طلاقا من غير حاجة فلم يكن سنة ولان فيه احتمال
الوقوع في الحرام لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة وربما لا توافقه
المرأة في النكاح فيتبعها بطريق حرام وليس في الامتناع عند الوقوع
في الحرام فيجب التحرز عنه بخلاف الطلاق قبل الدخول لانه طلاق

لحاجة لانه قد يحتاج الى الطلاق قبل الدخول والطلاق قبل الدخول
لا يتصور ايقاعه الا بائنا فكان طلاقا لحاجة فكان مسنونا وكذلك
الخلع لانه يقع للحاجة الى الخلع ولا يتصور ايقاعه الا بائنا فكان
طلاقا لحاجة فكان مسنونا لان الله تعالى رفع الحناح في الخلع مطلقا
بقوله تعالى لا جناح عليهما فيما افتدت به فدل على كونه مباحا مطلقا
ثم البدعة في الوقت تختلف فيهما المدخول بها وغير المدخول بها
فيكره ان يطلق المدخول بها في حالة الحيض ولا يكره ان يطلق غير
المدخول بها واما كونها طاهرا من جماع فلا يتصور في غير المدخول
بها واما البدعة في العدد فيستوي فيهما المدخول بها وغير
المدخول بها لان ما ذكرنا من الدلايل لا يوجب الفصل بينهما

فصل واما الالفاظ التي يقع بها طلاق البدعة فنحو ان
يقول انت طالق للبدعة او انت طالق طلاق البدعة او طلاق الجور
او طلاق المعصية او طلاق الشيطان فان نوى ثلاثا فهو ثلاث او
ثلاث لان ايقاع الثلاث في طهر واحد لاجماع فيه بدعة والواحد
في طهر جامعها فيه بدعة والطلاق في حالة الحيض بدعة فاذا نوى
به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وروى هشام عن
محمد اذا واحدة يملك الرجعة لان البدعة لم تحبل لها وقت في الشرع
لتتصرف الاضافة اليه فكيفما لفظوا بلفظ البدعة ونوى به الثلاث
انت طالق فيقع به تطليقة واحدة رجعية وكذلك اذا قال انت
طالق طلاق الجور او الطلاق للمعصية او طلاق الشيطان ونوى الثلاث
وان لم يكن له نية فان كان في طهر جامعها فيه او في حالة الحيض
وقع من ساعته وان لم يكن لا يقع للحال ما لم تحض او يجامعها
في ذلك الطهر والله اعلم **فصل** واما حكم طلاق البدعة فهو
انه واقع عند عامة العلماء وقال بعض الناس انه لا يقع وهو مذهب
الشيعة ايضا ووجه قولهم ان هذا طلاق منهي عنه لما ذكرنا من الدلايل

فلا يكون مشروعا وغير المشروع لا يكون معتبرا في حق الحكم ولان الله
تعالى جعل لنا ولاية الايقاع على وجه مخصوص ومن جعل له ولاية التصرف
على وجه لا يملك ايقاعه على غير ذلك الوجه كالوكيل بالطلاق على وجه
السنة اذا طلقها للبدعة انه لا يقع لما قلنا كذا هذا ولنا ما روي عن عبادة
بن الصامت رضي الله عنه ان بعض اباه طلق امرأته الفا فذكر ذلك
للنبي صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام بانت منك بالثلاث في معصية
وتسع مائة وسبعة وتسعون فيما لا يملك وروي عن ابن عباس
رضي الله عنهما انه قال ان احدكم يركب الاحموقة فيطلق امرأته الفا
ثم يأتي فيقول يا ابا العباس وان الله قال ومن يتق الله يجعل له
مخرجا وانك لم تتق الله فلا اجد لك مخرجا بانت امرأتك وعصيت
ربك وروينا عن عمر رضي الله عنه انه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثا
الا اوجعه ضربا واجاز ذلك عليه وكانت قضاياه بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم فيكون اجماعا منهم على ذلك واما قولهم غير المشروع
لا يكون معتبرا في حق الحكم فنعم لكن الطلاق بنفسه مشروع عندنا
ما فيه خطر واما الخطر والحرمة في غيره وهو ما ذكرنا من الفساد والوقوع
في الزنا والسنة وتطويل العدة واذا كان مشروعا في نفسه جاز ان يكون
معتبرا في حق الحكم وان منع عنه لغيره كالبيع وقت اذان الجمعة والصلاة
في الارض المغصوبة وخرج الجواب عن الوجه الثاني
وهو ان من ولي تصرفا لا يملك ايقاعه الا على الوجه الذي ولي لانه ما
اوقع الطلاق الا على الوجه الذي له ايقاعه لانه تصرف مشروع في
نفسه لا يتصور ايقاعه غير مشروع الا انه عند الطلاق باشر تصرفا
مشروعا وارتكب محظورا فيما شرع به ارتكاب المحظور لا يمنع المشروع
كما في البيع وقت النداء وبخلاف الوكيل لان التوكيل كالطلاق
على وجه السنة توكيل بطلاق مشروع لا يتضمن ارتكاب حرام بوجه
فاذا طلقها للبدعة فقد اتى بطلاق مشروع بلا زعم حرام فلم يأت بما

امرأته فلا يقع فهو الرق **فصل** واما بيان قدر الطلاق وعدده
فنقول وبالله التوفيق الزوجان اما ان كانا حرين واما ان كانا رقيقين
واما ان كان احدهما حرا والاخر رقيقا فان كانا حرين فالحر يطلق
امرأته الحرة ثلاث تطليقات بلا خلاف وان كانا رقيقين فالعبد لا يملك
امرأته الامة الا تطليقتين بلا خلاف ايضا واختلف فيما اذا كان احدهما
حرا والاخر رقيقا ان عدد الطلاق يعتبر بحال الرجل في الرق والحرية او بحال
المرأة قال اصحابنا رحمهم الله يعتبر بحال المرأة وقال الشافعي بحال الرجل
حتى ان حال العبد اذا كان تحته حرة يملك عليها ثلاث تطليقات عندنا
وعنده لا يملك الا تطليقتين والحر اذا كان تحته امة لا يملك عليها الا
تطليقتين عندنا وعنده يملك عليها ثلاث تطليقات والمسئلة مختلف
بين الصحابة رضي الله عنهم وروي عن علي وعبد الله بن مسعود مثل
قولنا وعن عثمان وزيد بن ثابت مثل قوله وعن عبد الله ابن عمر رضي
الله عنه انه يعتبر حال ايهما كان رقيقا ولا خلاف في ان العدة تعتبر
بحال المرأة احتج الشافعي بما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
والمراد منه اعتبار الطلاق في القدر والعدد لا الايقاع لان ذلك مما لا
يشكل وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يطلق العبد تطليقتين
وتعتد المرأة حيضتين من غير فصل بينهما اذا كان تحته امة او حرة ولان
الرق انما يؤثر في تنصيف المحل لكون المحل نعمة وانه نعمة في جانب الرجل
لا في جانب المرأة لانها مملوكة مرقوقة فلا يؤثر رقها في تنصيف المحل
ولنا الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى الطلاق
مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره والنص ورد في الحرة اخبر الله تعالى ان محل الحرة يزول
بالثلاث من غير فصل بينهما اذا كان تحت حر او تحت عبد فايجاب الحل بالطلاقة
بالطلاقة والدليل على ان النص ورد في الحرة قراءة الآية احدهما انه قال

فلا يحل

فلا جناح عليهما فيما افتدت به والامة لا تملك الافتداء بغير اذن المولى والثاني
قوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا اذ ظنا كما بعد طلاق الزوج الثاني وذا
من الحد والحرة واما السنة فما روي عن عائشة رضي الله عنها عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها
حيضتان جعل طلاق جنس الامة تطليقتين لانه ادخل لام الجنس
على الالف كانه قال طلاق كل امة تطليقتان من غير فصل بينما اذا كان
زوجها عبدا او حرا واما المعقول فمن وجهين احدهما ان الاصل
في الطلاق هو الحظر لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم الا انه ان حنث
الحلفة الواحدة للحاجة الى الخلاص عند مخالفة الاخلاق لان عند
ذلك يتضرر المصلحة بالطلاق ليزدوج كل واحد منهما بما يوافقه
فيصلح مقاصد النكاح الا ان احتمال الندم من الجانبين قائم بعد
الطلاق كما اخبر الله تعالى بقوله لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا
فلو ثبتت الحرمة بطلقة واحدة ولم يشرع طلاق الاخر حتى يتأمل
الزوج فيه ربما تقدم ولا يمكنه التدارك بالرجعة ولا تتوافقه
المرأة في النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا فانتفت //
الطلقة الثانية والحاجة الى الطلقة الثالثة الا ان الشرع
ورد بها في الحرة اذا كانت تحت حر او عبد اظهارا لخطر النكاح
واباحة لشرفه وملك النكاح في الامة في الشرف دون ملك النكاح
في الحرة لان شرف النكاح وخطره بما يتعلق به من المقاصد الدينية
والدنيوية والدنيا وما فيها الولد والمسكن ومعلوم ان هذين
المقصودين في نكاح الامة دونهما في نكاح الحرة لان ولد الحرة حر
وولد الرقيقة رقيق والمقصود من الولد الاستيناس والاستعانة به
في الدنيا والدعوة الصالحة في العقبى وهذا المقصود لا يحصل من
الولد الرقيق مثل ما يحصل من الحر لكون الموقوف مشغولا بخدمة
المولى ولذا سكون نفس الزوج الى امرأة الامة لا يكون مثل سكونها

الى امراته الحرة فلم يكن هذا بعض موارد الشرع فتعقيب الطلقه
الثالثة فيه على اصل الخطر والثاني ان حكم الطلاق زوال الحل
وموجب الحلية فيتقدر بقدر الحل وحل الامة انقص من حل الحرة لان
الرق منقصه للحل لان الحل نعمة ولهذا اثر في نقصان المالكية حتى
يملك الحر المتزوج باربع نسوة والعبد لا يملك التزوج الا باثنتين //
واما الحديثان فقد قيل انهما عزيزان ثم انهما من الاحاد ولا يجوز تقييد
مطلق الكتاب بخبر الواحد ولا معارضة الخبر المشهور به ثم يقول لا حجة
فيهما اما الاول فلان قوله الطلاق بالرجال الصاق الاسم بالاسم فيقتضي
ملتصقا محذوفا والملتصق المحذوف يحتمل ان يكون هو الايقاع ويحتمل ان
يكون هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال وقوله الايقاع لا يشكل ممنوع
بل قد يشكل وبيان الاشكال من وجهين احدهما ان النكاح مشترك بين
الزوجين فلا انفراد والاصل في كل عقد كان انعقاده بعاقدين ان يكون
آثاره بهما ايضا كالبيع والاجارة ونحوهما والثاني انه مشترك بينهما في
الاحكام والمقاصد فيشكل ان يكون الانفراد بهما على الشركة محل الاشكال
بقوله الطلاق بالرجال واما الثاني ففيه ان العبد يطلق ثنتين وهذا
لا ينفي الثالثة كما يقال فلان علك درهمين وقوله صلى الله عليه وسلم
طلاق الامة ثنتان اضافة الطلاق للامة والاضافة للاختصاص فيقتضي
ان يكون الطلاق المختص بالامة ثنتين ولو ملك الثالثة عليها لملك //
الاختصاص مثاله قول القايل ملك فلان درهمان انه ينفي الزيادة لما قلنا
كذا هذا وقد خرج الجواب من قوله ان الحل في جانبها ليس بنعمة لانا
بينا انه نعمة في حقها ايضا لكونه وسيلة الى النعم والملك في باب النكاح
ليس بمقصود بل هو وسيلة الى المقاصد التي هي نعم فهو وسيلة الى النعمة
نعمة. فصل واما بيان ركن الطلاق فركن الطلاق هو اللفظ الذي وضع
دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والارسال ورفع القيد في الصحيح
وقطع الوصلة ونحوه في الكتابة مثل ان يقول في الكتابة انت بائن او ابنتك

ويقول

ويقول في الصريح انت طالق او طلقتك وما يجري هذا المجرى الا
ان انت التطليقة والطلاق يستعملان في المراة خاصة والاطلاق يستعمل
في غيرها فيقال في المراة طلق يطلق تطليقا وطلاقا وفي البعير والاسير
ونحوهما يقال اطلق يطلق اطلاقا وان كان معنى المعنيين في اللفظين لا
يختلف ومثل هذا جايز كما يقال حصان وحصان وعديل وعدل فا
لحصان بفتح الحا يستعمل في المراة والمختص يستعمل في المراة وان كان دالا ن
على معنى واحد وهو المنع والعديل يستعمل في الادمي والعدل فيما
سواه وان كانا ما حوذين من المعادلة كذا هذا ولهذا قالوا ان من قال
لامراته انت مطلقه محققه انه يرجع الى بيته لان الاطلاق في العرف
يستعمل في اثبات الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقي فالحمل على القيد
الحكمي الا بالنية ويستوي في الركن ذكر التطليقه وبعضها حتى لو قال
لها انت طالق نصف تطليقة او ربع تطليقه او ثلث تطليقه او نصف
تطليقه او جزا من الف جزو من تطليقه يقع تطليقه كاملة وهذا قول
عامة العلما وقال ربيعة الراي لا يقع عليها شي لان نصف تطليقه
لا يكون تطليقه حقيقه بل بعض تطليقه او بعض الشي ليس عين ذلك الشي
ان لم يكن غيره ولنا ان الطلاق لا يتبعض وذكر البعض فيما لا يتبعض
ذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص انه يكون عفوا عن الكل ولو قال انت
طالق واحدة وربع او واحدة وثلث طلقت اثنتين لان البعض من تطليقة
تطليقة كاملة فصار كانه قال انت طالق ثنتين بخلاف ما اذا قال انت
طالق واحدة وبعضها وثلثيها انه لا يقع الا واحدة لانه هناك اضاف
النصف الى الواحدة الواقعة والواقع لا يتصور وقوعه ثانيا وهاهنا
ذكر نصفا منكرا غير مضاف الى واقع فيكون ايقاع تطليقة اخرى
ولو قال انت طالق سدس تطليقه وثلث تطليقه ونصف تطليقه
او ثلثي تطليقه يقع ثنتان لما ذكرنا ان كل جزو من تطليقه تطليقه كاملة
هذا اذا كانت مدخولا بها وان كانت غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة

لا عما بانت بالاولي كما اذا قال انت طالق وطالق وطالق ولو قال انت
طالق سدوس تطليقة وثلثها ونصفها يقعان لا يتجاوز العدد عن
واحد لوجمع ذلك فهو تطليقة واحدة ولو تجاوز زفان قال انت
طالق سدوس تطليقة وربعها وثلثها ونصفها لم يذكر هذا في ظاهر
الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم تطليقتان وقال بعضهم
يقع تطليقة واحدة ولو قال انت طالق ثلاثة ايضا تطليقتين
فهو ثلاث لان نصف التطليقتين تطليقتين وثلاثة انصاف
تطليقتين ثلاثة امثال تطليقة تطليقة فصار كانه قال انت طالق
ثلاث تطليقات ولو كان له اربع نسوة فقال بينكن تطليقة لقعت
على كل واحدة واحدة لان الطلقة الواحدة اذا قسمت على اربع اصاب
كل واحدة ربعها وربع تطليقة تطليقة كاملة ولذلك اذا قال بينكن
تطليقتان او ثلاث او اربع لان التطليقتين اذا قسمت بين الاربع
يصيب كل واحدة نصف تطليقة ونصف تطليقة كاملة فان قيل
لا يقسم كل تطليقة لحسابها على الاربع فيلزم تطليقتان فالجواب انه
ما فعل هكذا بل جعل التطليقتين جميعا بين الاربع لان الجنس واحد لا
يتفاوت والقسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملته
وانما يقسم الاحاد اذا كان الشيء متفاوتا فان نوى الزوج ان يكون كل
تطليقة على حيالها بينهن يكون على ما نوى ويقع على كل واحد منهن ///
تطليقتان لانه نوى ما يحتمل كلامه وهو غير متهم فيه لانه شدد على نفسه
فيصدق ولو قال بينكن خمس تطليقات فكل واحد طالق اثنتين لان
الخمسة بين الاربع اصاب كل واحدة تطليقة وربع تطليقة وربع
تطليقة تطليقة كاملة فيكون تطليقتين وعلى هذا ما زاد على خمسة
الى ثمانية فان قال بينكن تسع تطليقات وقعت على كل واحدة ثلاث
تطليقات لان التسعة اذا قسمت على اربع اصاب كل واحدة منهن
تطليقتان وربع تطليقة وربع تطليقة تطليقة كاملة فيقع على كل واحدة

ثلاثا وعلى هذا قالوا لو قال اشركتك بينكن في تطليقتين او في ثلاث
او اربع او خمس او ست او سبع او ثمان او تسع ان هذا وقوله بينكن
كذا سواء ان لفظه البين تبنى عن الشركة فقوله بينكن كذا معناه اشركة
بينكن كذا بخلاف ما اذا قال طلقت امراة له تطليقتين ثم قال لاخري قد
اشركتك في طلاقها انه يقع عليهما تطليقتان لان قوله اشركتك في
طلاقها اثبات الشركة في الواقع ولا يثبت الشركة في الواقع الا بثبوت
الشركة في الواقع ولا تثبت الشركة في الواقع الا بثبوت الشركة في كل
واحدة منهما لانه لا يمكن رفع التطليقة الواحدة عنهما واثباتها على
الاخري فلزمت الشركة في كل واحدة من التطليقتين على الانفراد
وهذا يوجب وقوع تطليقتين على الاخري فلزمت الشركة في كل واحد
من التطليقتين وسواء كان مباشرة الركن من الزوج بطريق الاصالة او
من غيره بطريق النيابة عنه بالوكالة والرسالة لان الطلاق مما يجري
فيه النيابة فكان فعل النايب كفعل المنوب عنه والله اعلم **فصل**
واما شرايط الركن فانواع بعضها يرجع الى الزوج وبعضها يرجع الى المرأة
وبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الوقت اما الذي يرجع الى
الزوج فمنها ان يكون عاقلا حقيقة او تقديرا فلا يقع طلاق المجنون
والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط اهلية التصرف لان به يعرف كون
التصرف مصلحة وهذه التصرفات ما شرعت الا لمصالح العباد واما
السكران اذا طلق امراته فان كان سكره بسبب محظور بان شرب الخمر
او النبيذ طوعا حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء او
عامة الصحابة رضي الله عنهم ومن عثمان رضي الله عنه انه لا يقع طلاقه
وبه اخذ الطحاوي والكرخي وهذا حد مزل الشافعي وجه قولهم ان عقله
زايل والعقل من شرايط اهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لم يقع طلاق
المجنون والصبي الذي لا يعقل والذي زال عقله بالبنج والدواء كذا هذا
والدليل عليه انه لا يصح ردته فلان لا يقع طلاقه اولي ولنا عموم قوله

تعالى الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره من غير فصل بين السكران وغيره الا من خصه بدليل وقوله صلى
الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان عقله زال
بسبب هو معصية فيترك قايما عقوبة عليه وزجرا له عن ارتكاب
المعصية ولهذا الوقذف انسانا او قتل يجب عليه الحد والقصاص
وانهما يجبان على غير العاقل دل ان عقله حصل قايما وقد يعطى
للزايل حقيقة حكم القايم تقديرا اذا زال بسبب هو معصية
للزجر والوضع كمن قتل مورثه انه يحرم ميراثه ويجعل المورث
حيا زجرا للقاتل عقوبة عليه بخلاف ما اذا زال بالبنج والدوا لانه
ما زال بسبب هو معصية الا انه لا يصح ردة السكران استحسانا
لانعدام العقل تقديرا لعدم زواله حقيقة للزجر فانما يقع
الحاجة الى الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي الى طبعا والردة
لا تغلب وجودها لانعدام الداعي اليها فلا حاجة الى استبقاء عقله بهم
للزجر ولان جهة زوال العقل حقيقة يقتضي بنا الاسلام وجهة بقا يه
تقديرا يقتضي زوال الاسلام فترجح جانب البقا لان الاسلام يعلوا
ولا يعلى ولهذا يحكم باسلام الكافر اذا اكره على الاسلام ولا يحكم بكفر
المسلم اذا اكره على اجرا كلمة الكفر فاجرا اذا اختيران كليهما كان ملجيا
جالا ما ان كذا هذا وان كان سكره بسبب مباح لكن حصل له به لذة بان
شرب الخمر مكرها حتى سكر او شربها عند ضرورة العطش فسكر قالوا
ان طلاقه واقع ايضا لانه زال عقله فانما حصل زوال عقله ملذة فيجعل
قايما وبلحق الاكراه والاضطرار بالعدم كانه شربها حتى سكر وذكر
محمد رحمه الله فيمن شرب النبيذ فلم يزل عقله ولكن صدع فزال عقله بها
لصداع انه لا يقع طلاقه لان ما زال عقله بمعصية ولا بلذة فكان
زايلا حقيقة وتقديرا وكذلك اذا شرب البنج او الدوا الذي يسكر
وزوال العقل لا يقع طلاقه كما قلنا **فصل** ومنها ان لا يكون معتوها

ولا

ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولانا يما فلا يقع طلاقه طلاق
هؤلا لما قلنا في المجنون وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه **فصل** ومنها ان يكون
بالغا فلا يقع طلاق الصبي وان كان عاقلا لان الطلاق لم شرع الا عند
خروج النكاح من ان يكون مصلحة وانما يعرف ذلك بالتامل والصبي
لاشتغاله باللهو واللعب لا يتامل فلا يعرف فاما كون الزوج طايعا
فليس بشرط عند اصحابنا وعند الشافعي شرط حتى يقع طلاق المكره
عندنا وعنده لا يقع وقد ذكر المسئلة في كتاب الاكراه ان شا الله تعالى
وذكر محمد رحمه الله ان امراة جلست على صدر زوجها ومعها
شفرة فوضعتها على حلقه وقالت لطلقتني ثلاثا او لاقتلنك
فناشدها الله تعالى ان لا تفعل فابت فطلقها ثلاثا فذكر ذلك هم
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة في الطلاق وكذا
كونه جادا ليس بشرط فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب بما
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق والعتاق وروي النكاح والطلاق والرجعة
وعن ابي الدرداء رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
من لعب بطلاق او عتاق لزمه وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تتخذوا ايات
الله هزوا كان الرجل في الجاهلية يطلق امراته ثم يرجع فيقول كنت
لاعبا ويعتق عبده ثم يرجع فيقول كنت لاعبا ونزلت الاية فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم من طلق او حرر او نكح وقال اني كنت لاعبا فهو جايز
منه وكذا التكلم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة
والاشارة المعلومة من الاخرس لان الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ
والاشارة المعلومة تقوم العبارة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط
فيقع طلاق شارط الخيار لان شرط الخيار للتمكن من الفسخ عند الحاجة
والطلاق لا يحتمل الفسخ بقوله صلى الله عليه وسلم لا قيلولة وكذا كونه عاما

تقدم

ليس بشرط حتى يقع طلاق قاطع وهو الذي يريد ان يتكلم به الطلاق
البائن ليس بشرط يقع الطلاق بالكناية المستبينة والاشارة المعلومة
من الاخرس لان الكناية المستبينة يقوم مقام اللفظ والاشارة تقيم
على لسانه الطلاق لان الغائب بالحظا لبين القصد وانه ليس بشرط
لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق وكذا العتاق لما قلنا في
الطلاق وذكر الكرخي ان في العتاق روايتين فان هشاما روى عن
محمد عن ابي حنيفة ان من اراد ان يقول لامرأته اسقيني ما فقال لها
انت طالق وقع ولو اراد ذلك في العبد فقال انت حر لم يقع وروى
بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انهما يستويان وهو الصحيح
لما ذكرنا وجه رواية هشام ان ملك البضع ثبت بسبب يستوفي
فيه القصد وعدم القصد وهو النكاح فعلى ذلك زواله بخلاف ملك
العبد فانه ثبت بخلاف بسبب يختلف فيه القصد وعدم القصد
وهو البيع فكذلك زواله وهذا لان ليس بسبد لانه قد يشترط لثبوته
الحكم من الشرائط ما لا يشترط لزواله فكان الاستدلال بالثبوت
على الزوال استدلالا فاسدا والله اعلم **فصل** وسنها النية في
نوعي الطلاق وهو الكناية وجملة الكلام في الشرط في موضعين
احدهما في بيان الالفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع والثاني
في بيان صفة الواقع بها اما الاول فالالفاظ التي يقع بها الطلاق
في الشرع نوعان صريح وكناية اما الصريح فهو اللفظ الذي لا يستعمل
الا في حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق او التطليق مثل قوله انت
طالق او انت الطلاق او طلقتك او انت مطلقة سمي النوع
صريحا لان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى
عند السامع من قولهم صرح فلان بالامر اي كشفه واوضحه وسمي
البناء المشرف صرحا لظهوره على سائر الابنية وهذه الالفاظ
ظاهرة المراد لانها لا تستعمل الا في الطلاق عن قيد النكاح فلا تحتاج

فيها الى النية لوقوع الطلاق اذ النية عملها في تعيين المبهم ولا ابهام فيها
قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن شرع الطلاق ومن غير شرط النية
وقال الطلاق مرتان مطلقا وقال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره حكم بزوال الحل مطلقا من شروط وروينا ان عبد
الله ابن عمر رضي عنهما لما طلق امرأته في حالة الحيض امره رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ولم يسأله هل نوى الطلاق
اولم ينو ولو كانت النية شرطا لسأله ولامر اجعة الا بعد الطلاق
فدل على وقوع من غير نية ولو قال انت طالق ثم قال اردت انها
طالق من وثاق لم يصدق في القضاء لما ذكرنا ان ظاهر هذا الكلام //
للطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضي في صرف الكلام عن
ظاهره وكذا لا ينبغي للمرأة ان تصدقه لانه خلاف الظاهر ويصدق
فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه في الجملة والله
تعالى مطلع على نيته ولو قال انت طالق وقال اردت انها
طالق لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا
اللفظ لا يستعمل في الطلاق فقد نوى ما لا يحتمله فلا يصدق
ذكره وروى الحسن عن ابي حنيفة في من قال انت طالق وقال
نويت الطلاق من عمل او قيد يدين فيما بينه وبين الله تعالى
لانه مطلقة من هذين الامرين حقيقة فقد نوى ما لا يحتمله
حقيقة كلامه فجاز ان يصدق فيه ولو صرح فقال انت طالق
من وثاق لم يقع في القضاء الان المرأة قد توصف بانها طالق من
وثاق وان لم يكن مستعملا فاذا صرح به يحمل عليه وان صرح
فقال انت طالق من هذا العمل وقع الطلاق في القضاء لان هذا
اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة ولا مجازا ولا
يقع فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله في الجملة وان كان
خلاف الظاهر وعلى قياس رواية الحسن ينبغي ان لا يقع

في القضاء ايضا لو قال انت طالق اطلق من امراه طلاق وهي مطلقة //
فذلك على نية الا ان يكون جوابا لمسئلة الطلاق لان لفظة افعل //
ليست صريحا في الكلام الا ترى ان من قال لاخر انت اذفى من فلان لم يكن
قاذفا صريحا حتى لا يجب الحد ومعلوم ان صريح القذف يوجب الحد واذا
لم يكن صريحا وقف على النية الا اذا خرج جوابا لسوال الطلاق فينصرف
النية بقرينة السوال وكذلك اذا قال لها انت مطلقة محققة فهو على نيته
لما ذكرنا ان الاطلاق لا يستعمل في قيد النكاح وانما يستعمل في القيد الحقيقي
والحسن فلم يكن صريحا فوقف على النية وروى بن سماعة عن محمد
قال لامراته كوني طالقا واطلقي قال اراه واقعا لان قوله كوني
ليس امرا حقيقة وان كانت صيغته صيغة الامر بل هو عبارة عن
اثبات كونها طالقا كما في قوله تعالى كن فيكون ان قوله كن ليس
بامر حقيقة وان كانت صيغته صيغة الامر بل هو كناية عن التكوين
ولا يكون طالقا الا بالطلاق وكذا قوله اطلقي وكذا اذا قال لامته كوني
حرة او اعتقي ولو قال يا مطلقة وقع عليها الطلاق لانه وصفها بكونها
مطلقة ولا تكون مطلقة الا بالتطليق فان قال اردت به الشتم لا يصدق
في القضاء لانه خلاف الظاهر لانه نوى فيما هو وصف ان يكون وصفا
فكان عدولا عن الظاهر فلا يصدقه القاضي ويصدق فيما بينه وبين
الله تعالى لانه قد يراد به الشتم ولو كان زوج قبله فقال عنيت
ذلك الطلاق اين في القضاء لانه نوى ما يحتمله لفظه لانه وصفها
بكونها مطلقة في نفسها من غير الاضافة الى نفسه وقد تكون مطلقة
وقد تكون مطلقة زوجها الاول فالنية صارت محلها فصدق في القضاء
واذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل ان تكون مطلقة قبله فانصرف
الوصف بكونها مطلقة الى كونها مطلقة ولو قال لها انت طالق //
طالق او قال انت طالق انت طالق او قال قد طلقتك قد طلقتك او
قال انت طالق قد طلقتك يقع ثنتان اذا كانت المراة مدخولا بها

لانه

لانه ذكر جملتين من كل واحد منهما ايقاع تام لكونه مبتدا وخبر
او المحل قابل للوقوع ولو قال عنيت بالثاني الاخبار عن الاول لم يصدق
في القضاء لان هذه الالفاظ في عرف اللغة والشرع يستعمل في انشاء الطلاق
فصرفها الى الاخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق في الحكم المرء
ويصدق في القضاء يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان ضميرها مفيد
الاخبار ولو قال لامراته انت طالق فقال له رجل ما قلت فقال لم اقل
او قال قلت هي طالق مني واحدة في القضاء لان كلامه انصرف الى الاخبار
بقرينة الاستخبار والله اعلم واما الطلاق بالفارسية فقد روي عن
ابي حنيفة انه قال في فارسي قال لامراته بهشتم ازي او قال ازي
بهشتم لا يكون ذلك طلاقا الا ان ينوي به الطلاق لان معنى هذا
اللفظ بالعربية حلفت من كما يات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ
الا ان ابا حنيفة رحمه الله فرق بين اللفظ من وجهين احدهما انه قال
اذا نوى الطلاق بقوله حلفت يقع بائنا واذا نوى الطلاق بهذا اللفظ
يقع رجعيا لان هذا اللفظ يحتمل ان يكون صريحا في لفظهم ويحتمل
ان يكون كناية فلا يثبت البينونة بالشك والثاني قال
ان قوله حلفت في حالة الغضب وفي حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقا
حتى لا يدين في قوله انه ما اراد به الطلاق وهذا اللفظ في هاتين الحالتين
لا يكون طلاقا حتى لو قال ما اردت به الطلاق يدين في القضاء لان هذا
اللفظ انما قام مقام التخلية فكان اضعف من التخلية فلا يقع فيه دلالة
الحال ولم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال ان نوى بائنا
يكون بائنا وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا كما قال حلفت ونوى البائن او
الثلاث ولو نوى ثنتين كان واحدة كما في قوله حلفت الا ان ها هنا يكون
واحدة مملكة الرجعة بخلاف لفظ التخلية لما بينا وقال ابو يوسف رحمه الله
اذا قال لغير مدخول بها انت طالق انت طالق ولم ينو فيكون تطليقة رجعية
لان ابا يوسف خالط العجم وعرف ان هذا اللفظ في لغتهم صريح قال

وان قال بعشتم ولم تقل از بي فان قال ذلك في حال سوال الطلاق او
في حال الغضب فهي واحدة بملك الرجعة ولا يدين لانه ما اراد به الطلاق
في القضا لان معني قوله بعشتم حليت وليس في قوله حليت اضافة
الي النكاح ولا الي الزوجة فلا يحمل علي الطلاق الا بقرينة او بدلالة حال
وحال الغضب وذكره الطلاق يدين في القضا لان معني قوله بعشتم
حليس في قوله حليت اضافة الي النكاح ولا الي الزوجة فلا يحمل علي الطلاق
الا بقرينة او بدلالة حال وحال الغضب وذكره الطلاق دليل ارادة الطلاق
ظاهرا فلا يصدق في الصرف عن الظاهر قال وان نوي بائنا فبائن وان نوي
ثلاثا فثلاث لان هذا اللفظ وان كان صريحا في العارسية فمعناه التحلية //
في العربية فكانت محتملا للبينونة والثلاث فلفظ التحلية فجاز ان يحمل عليه
بالبينونة بالنية وقال محمد رحمه الله في قوله بعشتم اذي اوازني بعشتم
ان هذا صريح الطلاق كما قال ابو يوسف وقال في قوله بعشتم اذا
كان في حال مذاكرة الطلاق فكذلك ولا يدين انه ما اراد به الطلاق
وان لم يكن في حال مذاكرة الطلاق يدين سواء كان في حال الغضب او الرضي
لان معني هذا اللفظ بالعربية انت محللة او قد خليتك وقال زفر اذا قال
بعشتم ونوي الطلاق بائنا او غير بائن فهو بائن وان نوي ثلاثا فثلاث
وان نوي اثنتين فاثنتان واجري هذه اللفظة مجري قوله خليت ولو
قال خليت ولو قال خليتك ونوي الطلاق في واحدة بائنة نوي //
البينونة او لم ينو وان نوي ثلاثا يكون ثلاثا وان نوي اثنتين يكون
اثنتين علي اصله كذا هذا ما نقل عن اصحابنا رحمهم الله في الطلاق
بالفارسية والاصل الذي عليه المبني في زماننا في ذا في الطلاق
بالفارسية انه ان كان فيها لفظ لا يستعمل الا في الطلاق فذلك
اللفظ صريح يقع عليه الطلاق من غير نية الي اذا اضيف الي المراة مثل
ان يقال في عرف ديارنا رها كردم او في عرف خراسان والعراق بهشم
لان الصريح لا يختلف باختلاف اللغات وما كان في الفارسية من الالفاظ

ما يستعمل في الطلاق وفي غيره نحو من كتابات الفارسية فيكون حكمه حكم
كتابات العربية في جميع الاحكام والله اعلم ولو قال لامراته انت طالق
ونوي به الاباتة فقد لغت نيته لانه نوي تغيير الشرع اثبت البينونة
بهذا اللفظ موجلا الي ما بعد انقضا العدة فاذا نوي انها للحال
معجلا فقد نوي تغيير الشرط وليس له هذه الولاية فبطلت
نيته وان نوي ثلاثا بطلت نيته ايضا في ظاهر الرواية وروي
عن ابي حنيفة انه تصح نيته وبه اخذ الشافعي وجه هذه الرواية
ان قوله طالق مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه فيدل علي
ثبوت ماخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الالفاظ المشتقة من
المعاني الا تري انه لا يتصور الضارب بلا ضرب والقاتل بلا قتل
فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق بائنا فصحت نيته
الثلاث فيه كما لو نص علي الكلا الطلاق فقال انت طالق طلاقا ولما
لو قال لها انت بائن ونوي الثلاث انه تصح نية الثلاث لما قلنا
كذا هذا ولظاهر الرواية قوله تعالي واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن
فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف اثبت الرجعة حال
قيام العدة للمطلق مطلقا من غير فصل بينهما اذا نوي الثلاث
او لم توجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق الا ما
قيد بدليل ولان ما يحتمله لفظة فلا تصح نيته كما اذا قال لها
اسقني ونوي به الطلاق ودلالة الوصف انه نوي الثلاث وقوله
طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين احدهما ان طالق اسم للذات وذاتها
ماخذ والواحدة لا تحتمل العدد والان الطلاق يثبت مقتضي //
الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا لان الطالق الطلاق
لا يتصور كالضارب بدون الضرب وهو المقتضي غير مبتوع في
نفسه فكان عدما فيما وراء صحة التسمية علي الاصل المعهود في
الثابت ضرورة انه يقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في قبول

نية الثلاث فلا يثبت فيه خلاف ما ذا قال لما انت طالق طلاقا لان الطلاق
هناك منصوص عليه فكان بائنا من جميع الوجوه فيثبت له فيحتمل قبول
النية ومخالف قوله انت بائن لان البائنة مقتضاه البينونة وانها متنوعة
الى غليظة وخفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل
الاشتراك وهو الخلوس فكذا البائن والاسم المشترك لا يبقين المراد منه
الا بيمين فاذا نوى الثلاث فقد عين احد نوعي البينونة فصحت
نيته واذا لم يكن له نية لا يقع شئ لانعدام المعين بخلاف قوله
طالق لانه ما خوذ من الطلاق والطلاق في نفسه لا يتنوع لانه رفع القيد
والقيد نوع واحد والثاني ان سلمنا ان الطلاق كان مذكورا على الاطلاق
لكنه في اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح والقيد في نكاح
واحد فيكون الطلاق واحد ضرورة فاذا نوى الثلاث فقد نوى الوقوع
فيما لا يحتمله فبطلت نيته وكان ينبغي ان لا يقع الثلاث اصلا الا ان
وقوعه ثبت شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع ولو قال
انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية فهي واحدة وان نوى ثلاثا كان
ثلاثا كذا ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير وروي عن ابي حنيفة انه
لا يكون الا واحدة وجه هذه الرواية انه ذكر المصدر الذي اقتضاه
الطالق فكان تاكيدا كما يقال قمت قياما واكلت اكلا فيفيد الا عما افادة
المؤكد وهو قوله طالق فلا يقع الا واحدة كما لو قال انت طالق ونوى به
الثلاث وجه ظاهر الرواية ان قوله طلاقا مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق
لان المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى لا تدعوا اليوم
ثبورا واحدا وادعوا ثبورا كثيرا وصف الثبور الذي مصدر بالكثرة
والثلاث في عقد واحد كل جنس الطلاق فاذا نوى الثلاث فقد نوى
ما يحتمله كلامه فتصح نيته واذا لم يكن له نية يحمل على الواحد لانه متيقن
به وقد سبق خرج الجواب عما سبق لان الكلام انما يحمل على التاكيد اذا لم يمكن حمله

على

على فائدة جديدة وها هنا امكن على ما بينا ولو نوى الثنتين لا على التقسيم
في قوله طلاقا طلاقا لا تصح نيته لان لفظ المصدر لفظ احاد فلا بد
من تحقيق معنى التوجه فيه ثم الشيء قد يكون واحدا من حيث الذات
وهو ان يكون ذاته واحدا من النوع كزيد من الانسان وقد يكون
واحدا من حيث النوع فكان عددا محضا فلا يحتمله لفظه الوحدان
بخلاف الثلاث فانه واحد الا ترى انك متى عددت الاجناس تقدر
واحدا من الاجناس كالضرب يكون جنسا واحدا من سائر اجناس
الفعل وكذا الاكل والشرب وكذلك لو نوى ثنتين على التقسيم
تصح نيته لما ذكرنا ولو قال انت الطلاق ونوى الثلاث صحت نيته
لان الفعل قد يذكر بمعنى المفعول يقال هذا الدرهم ضرب الامير
اي مضروبه وهذا علم ابي حنيفة اي معلومه فلو حملناه على المصدر
لغا كلامه ولو حملناه على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه اولى
وصحت نية الثلاث لان النية تتبع المذكور والمذكور بلام الجنس ولو
قال لما انت طالق بدون الالف واللام ذكر الطحاوي انه لا يكون
الا واحدة وان نوى الثلاث وفرق بينه وبين قوله انت الطلاق وذكر
الجصاص ان هذا الفرق لا يصح له وجه الا على الرواية التي روي
عن ابي حنيفة رحمه الله في قوله انت طالق طلاقا انه لا يكون الا واحدة
وان نوى الثلاث فاما على الرواية المشهورة في التسوية بين قوله انت
طالق الطلاق وبين قوله انت طالق طلاقا يتبين وجه الفرق
بين قوله انت طالق وبين قوله انت الطلاق وحكي ان الكسائي سال
محمد بن الحسن محمله عن قول الشاعر

فان تزني يا هند فالرزق ايمن وان تخرجي بالهند فالخرق اشام

فانث طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن حذف اعن والظلم فقال محمد
رحمه الله ان قال والطلاق عزيمة ثلاثا طلقت ثلاثا كانه قال فانت
طالق ثلاثا والطلاق عزيمتي لان الثلاث هي المحال تفسير الموقع فاستحسن

الكسائي جوابه وكذا لو قال انت طالق الطلاق ونوى الطلاق لا بد ذكر المعدد
وعرفه بلام التعريف فيتفرق كل جنس المشروع من الطلاق في هذا الملك
وهو الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته
الا ان عند الاطلاق لا ينصرف اليه لقرينة تمنع من الصرف اليه على ما نذكر
ولو نوى ثنتين لا تصح نيته لما ذكرنا ان الطلاق مصدر والمصدر
صيغته صيغة واحد ان مكان تحقيق معنى التوحد فيه لارما والاثنان
عدد محض لا توحد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ الموضوع للتوحد
وانما احتمل الثلاث من حيث التوحد لان كل جنس ما يملكه من الطلاق
في هذا الملك وكل الجنس جنس واحد فالاضافة الى غيره من الاجناس
فامكن تحقيق معنى التوحد فيه وان لم تكن له نية لانه مع الاواحد
لانه وان عرف المصدر بلام التعريف الموضوعة لاستغراق الجنس لكنه
انصرف الى الواحد بدلالة الحال لان ايقاع الثلاث جملة محظور
والظاهر من حال المسلم انه لا يرتكب المحظور فانصرف الى الواحد بقرينة
الحال وصار هذا كما اذا حلف لا يشرب الماء ولا يتزوج النساء ولا يكلم بني آدم
ان نوى كل جنس من هذه الاجناس صحت نيته وان لم تكن له نية
ينصرف الى الواحد من كل جنس لدلالة الحال كذا هذا ولو قال اردت بقولي
انت طالق واحدة ولقولي الطلاق او طلاقا اخرى صدق لانه ذكر لفظين
كل واحد منهما يصلح ايقاعا تاما الا ترى انه اذا قال لها انت طالق
يقع الطلاق ولو قال انت الطلاق او طلاق يقع ايضا فاذا اراد به ذلك
فصار كانه قال لها انت طالق ولو قال لا مرأته لم اتلم نفسك ونوى به
الثلاث صحت نيته حتى لو قالت طلقت نفسي ثلاثا لان المصدر
بصيغة مذكورة في الامرلان معناه حصيلي طلاقا والمصدر يقع على الواحد
ويحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه وان لم
تكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متيقنا وان نوى ثنتين
لا تصح له نيته محض فكانه معنى التوحد فيه معدوما اصلا ورأسا
فلا يحتمله صيغة الوحدان ولو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة

ثم قال لما قبل انقضاء العدة قد جعلت تلك التطليقة التي اوقعتها
عليك ثلاثا او قد قد جعلتهما بائنا اختلف اصحابنا الثلاثة فيه قال
ابو حنيفة رحمه الله يكون ثلاثا ويكون بائنا وقال محمد لا يكون ثلاثا
ولا بائنا وقال ابو يوسف يكون بائنا ولا يكون ثلاثا وجه قول محمد
ان الطلاق لما وقع رجعيا بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة
لان تغييره يكون تغيير الشرع والعبد لا يملك ذلك الا ترى لو طلقها
ثلاثا فجعلها واحدة لا تصير واحدة وكذا اذا طلقها تطليقة بائنة
فجعلها رجعية لا تصير رجعية لما قلنا كذا هذا وجه قول ابي يوسف
ان التطليقة الرجعية يحتمل ان تلحقها البينونة في الجملة الا ترى
لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة فجاز تعجيل البينونة بنية
ايضا فاما الواحدة فلا يحتمل ان تبين ثلاثا ابدا فلغا قوله جعلتها
ثلاثا ولابي حنيفة انه يملك ايقاع هذه الطلقة بائنة في الابتدا
فيملك الحاقها بالبائنة لانه يملك انشاء البائنة في هذه الحالة كما كان
يملكها في الابتداء ومعنى جعل الواحدة ثلاثا انه الحق بها تطليقتين
اخريين لا انه جعل الواحدة ثلاثا والله اعلم **فصل** واما الكناية
فنوعان نوع هو كناية بنفسه وضعا ونوع هو ملحق به شرعا
في حق البينونة اما النوع الاول فهو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل
في غيره نحو قوله انت بائن انت علي حرام خليه برية بتة امرك بيدك
اختاري اعتدي استبري رحمك انت واحدة خليت سبيلك سرحتك
حبلك على غاربك فارقتك خالقتك ولم يذكر العوض لا سؤال في عليك
لا ملك لي عليك لا نكاح لي عليك انت حرة قومي اخرجي اذهبي
اعزبي انطلقي اقعدي تقنعي استتري تزوجي ابتغي الازواج الحقي
باهلك وخرج لك سمي هذا النوع من الالفاظ كناية لان الكناية في
اللغة اسم للفظ استتر المراد منه عن السامع وهذه الالفاظ مستترة
المراد منها عن السامع وهذه الالفاظ للسامع فان قوله بائن يحتمل

البينونة عن النكاح ويحتمل البينونة عن الخير وعن الشر وقوله
حرام يحتمل حرمة الاستمتاع ويحتمل حرمة البيع والقتل والاكل ونحو
ذلك وقوله خليه ما حوذ من الخلو فيحتمل الخلو عن النكاح ويحتمل
الخلو عن الخير او عن الشر وقوله برية من البراة فيحتمل البراة
من النكاح ويحتمل البراة من الخير او الشر وقوله بتة من البت
وهو القطع عن النكاح ويحتمل القطع عن الخير او عن الشر
وقوله امرك بيدك يحتمل في الطلاق ويحتمل امرا حر من الحرك
والانتقال وغير ذلك وقوله اختاري يحتمل اختيار الطلاق
ويحتمل اختيار البقاء على النكاح وقوله اعتدي امر بالاعتداد
وانه يحتمل الاعتداد الذي هو من العدة ويحتمل الاعتداد الذي
هو من العداي اعتدي لحقي التي عليك وقوله استبري رحمك
امر بتعرف براة الرحم وهو كناية عن الماء والله كناية عن الاعتداد
الذي هو من العدة ويحتمل استبري رحمك لاطلقك ويحتمل انت
واحدة يحتمل ان يكون الواحدة صفة الطلقة اي طالق واحدة
اي طلقة واحدة ويحتمل الوحد في الشرف اي انت واحدة في
الشرف اي انت واحدة في الشرف وقوله خليت سبيلك يحتمل
سبيل النكاح ويحتمل سبيل الخروج من البيت لزيارة الابوين
وامر اخر وقوله سرحتك بمعنى خليتك يقال سرحت ابلي
وخليتها بمعنى واحد وقوله حبلك على غاربك استعارة عن
التخلية لان الحبل الذي اذا القي حبله على غاربه فقد خلي سبيله
يذهب حيث يشاء وقوله فارقتك يحتمل المفارقة عن النكاح ويحتمل
المفارقة عن المكان وعن الصداقة وقوله خالعتك ولم يذكر العوض
يحتمل الخلع عن نفسه بالطلاق ويحتمل الخلع عن نفسه بالهجر
عن الفراش ونحو ذلك وقوله لاسبيل لي عليك يحتمل سبيل النكا
ويحتمل سبيل البيع والقتل ونحو ذلك وكذا قوله لاملك لي عليك لاني

قد طلقتك ويحتمل لانكاح لي عليك اي انزوجك ان طلقتك ويحتمل
لانكاح لي عليك اي اطاك لان النكاح يذكر بمعنى الوطي وقوله انت
حرة يحتمل الخلوص عن ملك النكاح ويحتمل الخلوص عن ملك اليمين
ونحو ذلك وقوله قومي واخرجي واذهبي يحتمل اي افعلي ذلك
لانك قد طلعتك والمراة من زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها
وتذهب حيث تشاء ويحتمل التنحية عن نفسه مع بقا النكاح وقوله
اعزبي عبارة عن البعد اي بنا بعدي فيحتمل البعد من النكاح ويحتمل
البعد من الفراش وغير ذلك وقوله انطلقي وانتقلي يحتمل //
الطلاق لانها تنطلق وتنتقل من حوبيت زوجها اذا طلقت //
ويحتمل الانطلاق والانتقال الى بيت ابويها للزيارة ونحو ذلك
وقوله تقنعي واستتري امر بالتقنع والاستتار فيحتمل الطلاق
لانها اذا طلقت يلزمها ستر راسها بالقناع وستر اعضائها بالثوب
عن زوجها ويحتمل تقنعي واستتري اي كوني مقنعة مستورة لان لا
يقع بصر اجنبي عليك وقوله تزوجي يحتمل الطلاق اذ لاجل لها
التزوج بزوج اخر الا بعد الطلاق ويحتمل تزوجي ان طلقتك ولذا
قوله ابتغي الازواج وقوله الحقي باهلك يحتمل الطلاق لان المراة تلحق
باهلها اذا صارت مطلقة ويحتمل الطرد والابعاد عن نفسه مع بقا النكاح
واذا احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغير الطلاق فهذا ستر للمراد
منها عند السامع فافتقرت الى النية لتعيين المراد ولا خلاف في هذه
الجملة الا في ثلاثة الفاظ وهي قوله سرحتك وفارقتك وانت واحدة قال
اصحابنا رحمهم الله قوله سرحتك وفارقتك من الكنايات لايقع الطلاق
بهما الا بقرينة النية كسائر الكنايات وقال الشافعي هما صريحان لايفتقران
الى النية كسائر الالفاظ والصريحة وقوله انت واحدة من الكنايات
عندنا وعنده هو ليس من الالفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وان
نوى اما المسئلة الاولى فاحتج الشافعي بقوله تعالى فامساك بمعروف

اوتسريح باحسان والتسريح هو التطليق وقوله تعالى او سرحوهن
بمعروف او فارقوهن والمفارقة هي التطليق وقد سمى الله تعالى
الطلاق ثلاثة اسما الطلاق والسراح والفراق ولو قال لها لحقتك
كان صريحا فكذا اذا قال سرحتك او فارقتك ولنا ان صريح الطلاق
هو اللفظ الذي لا يستعمل الا في الطلاق عن قيد النكاح لما ذكرنا ان التصريح
في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد عند التسامع وما كان مستعملا فيه وفي غيره
لا يكون ظاهر المراد بل يكون مستتر المراد ولفظ السراح والفراق
يستعمل في غير قيد النكاح يقال سرحت بلي فارقت صديقي فكان
كناية لا صريحا فيفتقر الى النية ولا حجة له في الايتين لانا نقول بموجبهما ان السراح والفراق طلاق لكن بطريق الكناية لا صريحا لا
لعدام معنى الصريح على ما بينا واما المسئلة الثانية فوجه قوله ان
قوله انت واحدة صفة للمراة فلا يحتمل الطلاق كقوله انت قاعدة وما
عدة ونحو ذلك ولنا انه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتا لمصدر
محذوف اي طلقة واحدة وهذا سايغ في اللغة يقال جزلا وضربته
وجيعا اي عطاء جزيلا وضربا وجيعا ولهذا وقع الرجعي عندنا دون
البائن واختلف مشايخنا في محل الخلاف قال بعضهم الخلاف فيما اذا
قال واحدة بالوقف ولم يقرب فاما اذا اعرب الواحدة فلا خلاف فيها
لانه ان رفعها لا يقع الطلاق بالاجماع لانها تكون نعتا لمصدر محذوف
على ما بينا فكان موضع الخلاف فيما اذا وقفها ولم يعربها ويحتمل
ان يقال ان موضع الرفع محل الخلاف ايضا لان معنى قوله انت واحدة
اي متفردة عن النكاح وقال اكثر المشايخ ان الخلاف في الكل ثابت
لان العوام لا يميزون بين اعراب واعراب والله
اعلم ولا خلاف في انه لا يقع الطلاق بشيء من الفاظ الكناية الا بالنية
فان كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان كان ذكر
شيئا من ذلك ثم قال اردت به الطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى

وان كان ذكر شيئا من ذلك ثم قال اردت به الطلاق يدين فيما بينه وبين
الله تعالى وان كان لم ينو لم يقع فيما بينه وبين الله تعالى لان الله تعالى يعلم
سره ونجواه وهل يدين في القضاء الحال لا يخلوا اما ان كانت حال
الرضى وابتداء الزوج بالطلاق واما ان كانت حالة مذاكرة الطلاق
وسؤاله واما ان كانت حال الغضب والخصومة فان كانت حال الرضى
وابتداء الزوج بالطلاق يدين في القضاء في جميع الالفاظ لما ذكرنا ان كل
واحد من الالفاظ يحتمل الطلاق ويحتمل غيره والحال لا يدل على احدهما
فيسأل عن نيته ويصدق في ذلك قضاء وان كانت حال مذاكرة الطلاق
وسؤاله او حال الغضب والخصومة فقد قالوا ان الكنايات انقسام
ثلاثة في قسم منها لا يدين في الحالين جميعا انه ما اراد به الطلاق
لا في حال مذاكرة الطلاق وسؤاله ولا في حال الغضب والخصومة
وفي قسم منها يدين في حال الغضب والخصومة ولا يدين في حال ذكر
الطلاق وسؤاله وفي قسم منها يدين في الحالين جميعا اما القسم الاول
فخمسة الفاظ امرك بيدك اختاري اعتدي استبري رحمك انت
واحدة لان هذه الالفاظ يحتمل الطلاق وغيره والحال يدل على
ارادة الطلاق لان حال الغضب والخصومة ان كانت تصلح للشتم
والتبعيد كما يصلح للطلاق فحال مذاكرة الطلاق يصلح للتبعيد و
الطلاق لكن هذه الالفاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد فزال احتمال ارادة
الشتم والتبعيد فتعين الحال دلالة على ارادة الطلاق فترجح جانب
الطلاق بدلالة الحال فثبت ارادة الطلاق في كلامه ظاهرا فلا يصدق
في الصرف عن الظاهر كما في صريح الطلاق اذا قال لامرأته انت
طالق ثم قال اردت به الطلاق عن الوثاق لا يصدق في القضاء
لما قلنا كذا هذا واما القسم الثاني فخمسة الفاظ ايضا خلية برية بته
بائن حرام لان هذه الالفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم فان
الرجل يقول لامرأته عند ارادة الشتم انت خلية من الخير برية من

الاسلام بائن من الدين بنية من المروة حرام اي مستحب او حرام
الاجتماع والشتم معك وحال الغضب والخصومة تصلح للشتم
ولا تصلح للطلاق فبقي اللفظ في نفسه محتملا للطلاق وغيره فاذا
عني به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه والظاهر لا يكذبه فيصدق
في القضاء ولا يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان الحال لا يصلح الا للطلاق
لان هذه الالفاظ لا تصلح للتبعيد والحال لا يصلح للشتم فيدل
على ارادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت جهة الطلاق
بدلالة الحال وروي عن ابي يوسف انه زاد على هذه الالفاظ الخمسة
خمسة اخرى لا سبيل لي عليك فارقتك خليت سبيلك لا ملك
لي عليك بنت مني لان هذه الالفاظ يحتمل الشتم كما يحتمل الطلاق
فيتول الزوج لا سبيل لي عليك لشركك وفارقتك في المكان لكراهة
اجتماعي معك وخليت سبيلك لكوما انت عليه وما لي عليك لانك
اقل من ان املكك وبنت مني لانك بائن من الدين او الخمر وحال
الغضب يصلح لهما وحال ذكر الطلاق لا تصلح الا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت
بالخمسة المتقدمة واما القسم الثالث فبقية الالفاظ التي ذكرها
لان تلك الالفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبعيد والطلاق لان
الانسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق وكذا
حال سوال الطلاق فالحال لا يدل على ارادة احدهما فاذا قال ما اردت
به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه والظاهر لا يخالفه فيصدق
في القضاء وكذلك لو قال وهبتك لاهلك قبلوها او لم يقبلوها لانها
هنا يحتمل الطلاق لان المراة بعد الطلاق تزف الى اهلها ويحتمل التبعيد
عن نفسه والنقل الى اهلها مع بقا النكاح والحال لا يدل على ارادة
احدهما فبقي محتملا وصوا قبلوها اهلها او لم يقبلوها لان كون التحرف
جهة في الشرع لا ينبئ على قبول الموهوب له وانما الحاجة الى القبول لثبوت
الحكم فكان القبول شرط الحكم وهو الملك واهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة

فلا حاجة الى القبول وكذا اذا قال وهبتك لابيك او لامك او الازواج
بعد الطلاق تزف على اسمها اسما وتسلم اليهما ويملكهما الازواج بعد
الطلاق فاذا قال وهبتك لاخيك او لاختك او لخالتك او لعمتك او لغلامك
الاجنبي لم يكن طلاقا لان المراة بعد الطلاق لا تزف على هولاء عادة
ولو قال لامراته ليست لي بامراة او قال لها ما انا بزوجك او
سبيل فقيل له هل لك امراة فقال لا فان قال اردت به الكذب يصدق
في الرضى والغضب جميعا ولا يقع الطلاق وانما قال اردت به الطلاق
يقع الطلاق في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقع الطلاق
وان نوى ولو قال لم اتزوجك ونوى الطلاق لم يقع الطلاق بالاجماع
وكذا اذا قال والله ما انت لي بامراة او قال على حجة ما انت لي بامراة
انه لا يقع الطلاق وان نوى بالاتفاق وجه قولهما ان قوله ليست لي
بامراة او ما انا بزوجك كذب لانه اخبار عن انتفا الزوجية مع قيامها
فيكون كذبا فلا يقع به الطلاق كما اذا قال لم اتزوجك او قال والله ما انت
بامراة ولابي حنيفة ان هذه الالفاظ يحتمل الطلاق فانه يقول ليست
بامراة لاني قد طلقتك فكان محتملا للطلاق وكل لفظ يحتمل الطلاق اذا
نوى به الطلاق كان طلاقا كقوله لكنك بائن وبحرام بخلاف قوله لم اتزوجك
لانه لا يحتمل الطلاق لانه نفي فعل التزوج اصلا وراسا والله لا يحتمل
الطلاق فلا يقع به الطلاق وبخلاف قوله والله ما انت لي بامراة لان اليمين
على النفي تتناول الماضي وهو كاذب في ذلك فلا يقع به شيء ولو قال لا حاجة
لي فيك لا يقع الطلاق وان نوى لان عدم الحاجة لا يدل على عدم الزوجية
فان الانسان قد يتزوج من لا حاجة له الى تزوجها فلم يكن ذلك دليلا على
انتفا النكاح فلم يكن محتملا للطلاق وقال محمد رحمه الله فيمن قال لامراته
افلحي يريد به الطلاق انه يقع الطلاق لان قوله افلحي بمعنى قوله
اذهبي فان العرب تقول للرجل افلح بخير اي اذهب بخير ولو قال لها اذهبي
ونوى الطلاق كان طلاقا كذا هذا ويحتمل قوله افلحي اي اطهري يعني لا تقال

افلح الرجل اذا ظفر بمراده وقد يكون مرادها الطلاق فكان هذا اللفظ
محتملا للطلاق فاذا نوى به الطلاق صحت نيته ولو قال فسخت النكاح
بيني وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق لان فسخ النكاح لقضه
فكان في معنى الازالة ولو قال ذهبت لك طلاقك وقال اردت به
ان يكون الطلاق في يدك لا يصدق في القضاء ويقع الطلاق لان الهبة
تقتضي زوال الملك وهبة الطلاق منها تقتضي زوال ملكه عن الطلاق
وذلك بوقوع الطلاق وجعل الطلاق في يدها تمليك الطلاق منها فلا
يحتمل اللفظ الموضوع للازالة وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى
انه لا يقع به شيء لان الهبة تمليك وتمليك الطلاق اياها هو ان يجعل
اياها ايقاعه ويحتمل قوله وهبت لك طلاقك اي اعرضت عن ايقاعه
فلا يقع به شيء ولو اراد ان يحلفها فقالت له هب لي طلاقي يريد اعرضت
فينصرف الجواب اليه ولو قال تركت طلاقك او خليت سبيل طلاقك وهو
يريد الطلاق وقع لان ترك الطلاق وتخليه سبيله قد يكون بالاعراض
عنه وقد يكون اخراجه عن ملكه وذلك بايقاعه فكان اللفظ محتملا
للطلاق وغيره فتصح نيته ولو قال اعرضت عن طلاقك او صفحت عن
طلاقك ونوى الطلاق لم يطلق لان الاعراض عن الطلاق تقتضي ترك
التصرف به والصفح هو الاعراض فلا يحتمل الطلاق فلا تصح نيته وكذا
كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق وان نوى مثل بارك الله عليك
او قال لها الحميني او اسقيني وغير ذلك ولو جمع بين ما يصلح للطلاق
وبين ما لا يصلح له بان قال اذهبي وكلي او قال اذهبي وبيعي الثوب
ونوى الطلاق بقوله اذهبي ذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان على
قول ابي يوسف لا يكون طلاقا وفي قول زفر يكون طلاقا وجه قول زفر
انه ذكر لفظين احدهما يحتمل الطلاق والاخر لا يحتمله فيلغوا ما لا
يحتمله ويصح ما يحتمله ولابي يوسف ان قوله اذهبي مقرون بقوله
كلي او بيعي لا يحتمل الطلاق لان معناه اذهبي لتاكلي ولجمع ما يحتمله

ولا يكا

او

او اذهبي تبيعي الثوب والذهاب للاكل والبيع لا يحتمل الطلاق فلا
يحتمل نية ولو نوى في شيء من الكنايات التي هي بوائن ان
يكون ثلاثا مثل قوله انت بائن او انت علي حرام ونحو ذلك يكون
ثلاثا الا في قوله اختاري لان البينونة نوعان حقيقة وغليظة
فالحقيقة هي التي تحل له المراة بعد ثبوتها بنكاح جديد بدون التزوج
بزوج اخر والغليظة ما تحل له الا بنكاح جديد بعد التزوج بزوج
اخر فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لغلظة والدليل عليه ما
روي ان ركانة بن زيد او زيد بن ركانة طلق امراته البتة فاستحلفه
رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اردت ثلاثا والجواب يكن اللفظ محتملا
للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى وكذا قوله انت علي حرام يحتمل
الحرمة الحقيقة والغليظة فاذا الثلاث فقد نوى احد نوعي //
الحرمة فتصح نيته وان نوى بتتي كانت واحدة في قول اصحابنا
الثلاثة وقال زفر يقع ما نوى وجه قوله ان البينونة والحرمة
انواع ثلاثة خفيفة وغليظة ومتوسطة بينهما ولو نوى احد
النوعين صحت نيته فكذلك اذا نوى الثالث لان اللفظ يحتمل
الكل على وجه واحد ولنا ان قوله بائن او حرام اسم للذات والذات
واحد فلا يحتمل العدد وانما احتمل الثلاث من حيث التفرد على
ما بينا في صريح الطلاق ولا تفرد في الاثنتين اصلا بل هو
عدد مكرر محض فلا يحتمله الاسم الموضوع للواحد مكررا فان
الحاصل بالمثنى والحاصل بالواحدة سواء الا ان انوعها في
البينونة والحرمة سواء الا ترى انها في كل واحدة منهما انكاح
جديد من غير التزوج بزوج اخر فكان الثابت بهما بينونة //
خفيفة كالثابتة بالواحدة فلا يكون هذا نية الثلاث في المعنى
وعلى هذا قال اصحابنا ان اذا قال لزوجته الامة انت بائن او
حرام ينوي اثنتين يقع ما نوى لان الاثنتين في الامة كالثلاث

الطلاق في حقها فكان ذا ثنتان في حق الامة الثلاث في حق الحرة
وقالوا لو طلق زوجته واحدة ثم قال لها انت بائن او حرام ينوي
اثنتين كانت واحدة لان الاثنتين بانفسهما لا تجتمعان طلاق الحرة
بدون الطلقة المتقدمة الا نرى انه لا اثنتين بالاثنتين بنية
فليطلقها بدونها ولو نوى بقوله اعتدي واستبري رحمك وانت
واحدة ثلاثا لم يصح لان هذه الالفاظ في حكم الصريح الا نرى
ان الواقع بها رجعي فصار كانه قال انت طالق ونوى به الثلاث
ولان قوله لا يحتمل ان يفسر بالثلاث فلا يحتمل نية الثلاث
وكذا قوله اعتدي واستبري رحمك لان الواقع بكل واحدة منهما
رجعي فصار كقوله انت واحدة وكذا الموتوي بها اثنتين لا //
يصح لما قلنا بل اولى لان الاثنتين عدد محض والله اعلم **فصل**
واما النوع الثاني فهو ان يكتب على قرطاس او لوح او ارض
فيسأل عن نيته فان قال نويت به الطلاق وقع وان قال لم انو به
الطلاق صدق في القضاء لان الكتابة على هذا الوجه بمنزلة
الكناية لان الانسان قد يكتب على هذا الوجه فيريد به الطلاق
وقد يكتب لتجويد الخط فلا يحتمل على الطلاق وان كتب كتابة
غير المستبينة بان كتب على الماء وعلى الهوى فذلك ليس بشيء
حتى لا يقع به الطلاق وان نوى ما لا يستبين به الحروف بعد يا
فلانة فانت طالق واذا وصل كتابي اليك فانت طالق يقع
به الطلاق ولو قال ما اردت به الطلاق اصلا لا يصدق
الا ان يقول نويت طلاقا من وثاق فيصدق فيما بينه وبين
الله تعالى لان الكتابة المرسومة جارية من الخطاب الا ترى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالكتاب مرة //
وبالخطاب اخرى وبالرسول ثالثا وكان التبليغ بالكتاب

والرسالة كالتبليغ بالخطاب فدل ان الكتابة المرسومة بمنزلة
فصار كانه خاطبها بالطلاق عند الحضرة وقال لها انت طالق او ارسل
اليها رسولا بالطلاق عند الغيبة فاذا قال ما اردت به الطلاق فقد اراد
صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ثم اذا كتب على المرسوم ولم يعلقه
بشرط بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق وقع الطلاق عقيب كتابة
لفظة الطلاق بل فصل لما ذكرنا ان كتابته اك قوله انت طالق علي
طريق المخاطبة بمنزلة التلفظ به وان علقه بشرط الوصول
اليها بان كتب اذا وصل كتابي اليك فانت طالق لا يقع الطلاق
حتى يصل اليها لانه علق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله
كما لو علقه بشرط اخر كما لو علقه بشرط اخر وقالوا فيمن
كتب كتابا باخر على وجه الرسالة وكتب اذا وصل كتابي
اليك فانت طالق ثم جبي ذكر الطلاق منه وانفذ الكتاب وقد
بقي منه كلام لم يجيء كتابا ورسالة ويقع الطلاق بوجود //
الشرط وهو وصول الكتاب اليها فان جبي بما في الكتاب حتى
لم يبق منه كلام يكون رسالا لم يقع الطلاق وان وصل لان
الشرط اصول الكتاب ولم يوجد لان ما بقي منه لا يسمى كتابا
فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق والله اعلم هذا الذي ذكرنا
بيان الالفاظ التي يقع الطلاق بها في الشرع **فصل**
واما بيان صفة الواقع بها فالواقع بكل واحد من النوعين
التي ذكرناهما من الصريح والكناية نوعان رجعي وبائن
اما الصريح الرجعي فهو ان يكون بحروف الطلاق بعد
الدخول حقيقة غير معتدة عن عوض ولا بعدد الثلاث
لا نصا ولا اشارة ولا موصوفا بصفة يبني عن البينونة
او يدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبها بعدد او //
صفة يدل عليها واما الصريح البائن فبخلافه وهو ان

يكون بحروف الابانة او بحروف الطلاق لكن قبل الدخول حقيقة
او بعده لكن مقرونا بعدد الثلاث نحو واشارة وموصوفا //
بصفة تبني عن البينونة او تدل عليها من غير حرف العطف
او مشبه بعدد او صفة تدل عليها اذا عرف هذا فصريح الطلاق
قبل الدخول حقيقة يكون بائنا لان الاصل في اللفظ المطلق
عن شرط ان يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتاخر فيما بعد
الدخول الى وقت انقضاء العدة ثبت شرعا بخلاف الاصل فينقصر
على مورد الشرع فبقي الحكم فيما قبل الدخول على الاصل ولو
خلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق اذ قال لم اجامعك
كان طلاقا بائنا حتى لا يملك مراجعتها وان كان للمخلوة حكم الدخول
لانها لسببية بدخول حقيقة فكان هذا الطلاق قبل الدخول //
حقيقة فكانت بائنا وكذلك ان كان مقرونا بعوض وهو الخلع
ببدل والطلاق على مال لان الخلع بعوض طلاق على ما //
بينا على ما يذكر والطلاق على مال المعاوضة تملا بالنفس
وقد ملك الزوج احد العوضين بنفس القبول وهو مالها ليملكها
العوض الاخر وهو نفسها عقيقا للمعاوضة المطلقة ولا يملك
الا بالبائن فكان الواقع بائنا وكذا اذا كان مقرونا بعدد الثلاث
نحو ان قال لها انت طالق ثلاثا لقوله تعالى فان طلقها فلا
تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكذا اذا اشار بعدد الثلاث الى يوم
بان قال انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى وان
اشار باصبع واحد نهى واحدة تملك الرجعة وان اشار باثنتين
نهى اثنتان لان الاشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة
الكلام بمعقول ما وضع له الكلام بها وهو الاعلام والدليل
عليه العرف والشرع اما العرف فظاهر واما الشرع فقول
النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا واشار باصابع

يديه

يديه كاملا فكان بيانا ان الشهر يكون ثلاثين يوما ثم قال الشهر هكذا
وحبس ابهامه في المرة الثالثة فكان بيانا ان الشهر قد يكون تسعة
وعشرين يوما واذا اقامت الاشارة مع تعلق العبارة بها قام الكلام صار
كانه قال انت طالق ثلاثا والمعتبر في الاصابع عدد المرسل منها دون
المقبوض لاعتبار العرف والعادة والدليل عليه ان النبي صلى الله
عليه وسلم لما قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض ابهامه وحبس
وقبض ابهامه في المرة الثالثة فهم منه تسعة وعشرون يوما ولو اعتبر
المقبوض لكان المفهوم منه احدا وعشرين يوما فدل ان المعتبر في الاشارة
بالاصابع المرسل منها لا المقبوض وهكذا اذا كان موصوفا بصفة تبني
عن البينونة او تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله انت طالق بائن
او انت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي يقع واحدة رجعية
وجه قوله انه لما قال انت طالق فقد اتى بصريح الطلاق والله معقب
للرجعة فلما قال بائن فقد ازاد ما يعتبر المشروع فيرد عليه كما لو قال اعرتك
عارية لا رد فيها وكما لو قال انت طالق وقبل اردت به الابانة ولنا انه
وصف المراة بالابانة للطلاق الاول وانه مما يحتمل البينونة الا ترى انه
يحصل البينونة به قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة فكان قوله
بائن قرينة مبينة لا معينة ثم اذا لم تكن له نية لا تقع تطليقة بقوله
طالق والاخرى بقوله بائن ونحو ذلك لان قوله بائن ونحو ذلك لا يصلح وصفا
للمراة بالطلاق الاول فلا يثبت الا مقتضى واحد لان ثبوته بطريق
الضرورة فيوخذ فيه بالادنى وكذا اذا قال لها انت طالق تطليقة
قوية او شديدة لان الشدة تنبي عن القوة والقوي هو البائن وكذا اذا
قال لها انت طالق تطليقة طويلة او عريضة لان الطول والعرض
يقتضيان القوة ولو قال من ها هنا الى موضع كذا فهو رجعي في قول
اصحابنا الثلاثة وعند زفر هو بائن وجه قوله انه وصف الطلاق بالطول
فصار كما لو قال لها انت طالق تطليقة طويلة ولنا انه وصفة بالطول
صورة وبالقصر معنى لان الطلاق اذا وقع في مكان يقع في الاماكن كلها

فكان القصر على بعض الاماكن وصفاله بالقصر والحلية القصيرة
هي الرجعية ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق فان لم تكن له نية او نوى
واحدة بائنة او واحدة رجعية فيقع بائنا وان نوى ثلاثا فثلاث لان الف التفضيل قد تذكر لبيان اصل التفاوت
وهو مطلق التفاوت وذلك في الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى
ما يحتمله كلامه فصحت نيته وان لم تكن له نية ينصرف الى الادنى لانه
متيقن به ولو قال لها انت طالق ملا البيت فان نوى الثلاث كان ثلاثا
وان لم تكن له نية فهي واحدة بائنة لان قوله ملا البيت يحتمل انه اراد
به الكثرة والقدر ويحتمل انه اراد به الصفة وهي العظم والقوة فاي
ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه وعند انعدام النية يحمل على الوا حدة
الثابتة لكونها متيقنا بها ولو قال لها انت طالق اقبح الطلاق قال
ابو يوسف هو رجعي وقال محمد هو بائن وجه قول محمد ان وصف الطلاق
بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهي عنه وهو البائن فيقع بائنا
ولابي يوسف قوله اقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعي وهو الكراهة للشرع
ويحتمل القبح الطبع وهو الكراهية الطبيعية وهو ان يحلفها في وقت
يكره الحلاف فيه طبعا فلا تثبت البينونة بالشك وكذا قوله اقبح الطلاق
يحتمل القبح بجهة الامانة ويحتمل القبح باقتاعه في زمان الحيض وفي اي
جامعها فيه فلا تثبت البينونة بالشك ولو قال لها انت طالق للبدعة فهي
واحدة رجعية لان البدعة تكون في البائن وقد تكون في الطلاق في حالة
في حالة الحيض فوقع الشك في ثبوت البينونة فلا تثبت البينونة بالشك
وكذا اذا قال لها انت طالق للبدعة وقوعي واحدة بائنة فهي واحدة
بائنة لان لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته ولو شبه صريح الطلاق
بالعدد فهذا على وجهين اما ان شبهه بالعدد فيما له عدد واما ان شبهه
بالعدد فيما له عدد واما ان شبهه بالعدد فيما لا عدد له فان شبهه
بالعدد وفيما هو ذو اعداد كما لو قال لها انت طالق كالف او مثل الف
فما هنا ثلاثة فصول الاول هذا والثاني ان يقول لها انت طالق واحدة

كالف

كالف او مثل الف فما هنا ثلاثة فصول الاول والثالث ان يقول لها انت طالق
كعدد الف اما الفصل الاول فان نوى ثلاثا فهو ثلاث بالاجماع وان نوى
واحدة لم تكن له نية فهي واحدة بائنة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد هو ثلاث ولو قال نويت به واحدة ونية فيما بينه وبين الله تعالى ولم
ارنية في القضاء وجه قوله ان قوله كالف تشبيه بالعدد اذ الالف من اسماء
الاعداد فصار كما لو نص على العدد فقال لها انت طالق كعدد الف ولو قال
ذلك كان ثلاثا كذا هذا ولهما ان التشبيه بالالف يحتمل التشبيه من حيث
العدد ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة فان
الواحد من الرجال قد يشبه بالف رجل في الشجاعة واذا كان محتملا لهما
فلا يثبت العدد الا بالنية فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه
وعند عدم النية يحمل على الادنى لانه متيقن به ولا يحمل على العدد لما
لشك واما الفصل الثاني وهو ما اذا قال انت طالق واحدة كالف فهي واحدة
بائنة في قولهم جميعا لانه لما نص على الواحدة علم انه ما اراد به التشبيه
من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة وذلك في البائن فيقع بائنا
واما الفصل الثالث وهو ما اذا قال لها انت طالق كعدد الف او كعدد ثلاث
او مثل عدد ثلاث في القضاء فيما بينه وبين الله تعالى ولو نوى غير
ذلك فنيته باطلة لان التنصيص على العدد ويبقى احتمال ارادة الواحدة
فلا يصدق انه ما اراد به الثلاث اصلا كما اذا قال انت طالق ثلاثا ونوى
الواحدة وان شبهه بالعدد فيما لا عدد له نحو قبل التشبيه وتفي قوله
انت طالق مدة شهر او حتى او عدد ما على الشهر كفى من الشهر وقد حلف
لشهر كفه طلقت واحدة لانه شبهه بما لا عدد له لان شهرا اسم ذو عدد وان
لم يكن موجودا في الحال فكان هذا تشبيها بحال وجوده وهو حال وجوده
وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف ما لو قال انت طالق مثل الجبل لان ذلك تكليف التشبيه بوجوده للحال
وهو غير موجود للحال فتعذر التشبيه ولو قال لها انت طالق مثل الجبل
او مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند
ابي يوسف هي واحدة بملء الرجل وجه قول ابي يوسف ان قوله مثل الجبل
يحتمل التشبيه في الصفة وهي العظم ويحتمل التشبيه في الوزن لان الجبل

بجميع اجزاء شيء واحد غير متعدد فلا تثبت البينونة بالشك ولان حقيقة
ان هذا التشبيه تقتضي زيادة لا محالة وانه لا يحتمل الزيادة من حيث
العدد لانه ليس بذي عدد لكونه واحدا في الذات فيحمل على الزيادة التي
ترجع الى الصفة وهي البينونة فتحمل على الواحدة البائنة لانها المتيقن
ولو قال مثل عظم الجبل او قال مثل عظم كذا فاضافه الى ذلك او كبير فهي واحدة
وان لم يسم واحدة وان نوى ثلاثا وهو ثلاث لانه نص على التشبيه بالعظم فهذا يقتضي زيادة لا محالة على ما بقتضيه الصريح ثم ان كان قد سمى واحدة
تعينت الواحدة لان الزيادة فيها لا تكون الا بالبينونة وان كان لم يسم
واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البينونة بالواحدة او بالثلاث
فاذا نوى الثلاث يكون ثلاثا لانه نوى ما يحتمله كلامه وان لم يكن له
نية يحمل على الواحدة لكونها ادنى والادنى متيقن به وفي الزيادة على
شك ولو قال انت طالق مثل هذا وهذا واشار بثلاث اصابع
فانه نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فواحدة بائنة لانه شبهه
الطلاق بالعدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه
في الصفة وهي الشدة فاذا نوى به ثلاثا صحت نيته فانه نوى ما يحتمل
لفظه كما في قوله انت طالق كالف واذا نوى به الواحدة كانت واحدة
لانه اراد به التشبيه في الصفة وكذا اذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه
من حيث الصفة لانه ادنى والله اعلم **فصل** واما الكناية فثلاثة
الفاظ من الكنايات رواجع وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك واما انت
واحدة اما قوله اعتدي فلما روي عن ابي حنيفة انه قال القياس
قوله اعتدي ان يكون بائنا وانما تركنا القياس لحديث جابر رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها
اعتدي فتاشد ندان يراجعها ليجعل يومها لعايشة رضي الله عنها
حتى تخشر في جملة ازواجه فراجعها ورد عليها يومها والان قوله
اعتدي امر بالاعتداد والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق والمقتضي
يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة ترتفع بالاقل وهو

الواحدة

الواحدة الرجعية فلا يثبت ما سواها ثم قوله اعتدي انما يجعل مقتضيا
للطلاق في المدخول بها واما في غير المدخول بها فانه يجعل ستدراعيا
الطلاق وقوله استبرئي رحمك تفسير قوله اعتدي لان الاعتداد يشرع
لاستبراء الرحم فيفيد ما يفيد قوله اعتدي واما انت واحدة فلانه ما نوى
الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة كانه
قال انت طالق طلقة واحدة كما يقال اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا و
اختلفت فيه الروايات من الكنايات قال اصحابنا انها بوائن وقال الشافعي
رواجع وجه قوله ان هذه الالفاظ كنايات الطلاق فكانت مجازا عن
الطلاق الاخر وانما لا تقل بدون نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو
المكنى عنه لا المجاز وهو الكناية ولهذا كانت الالفاظ الثلاثة رواجع فكذا
البوائن ولنا ان الشرع ورد بهذه الالفاظ وانها صالحة لاثبات البينونة
والمحل قابل للبينونة فاذا وجدت من الاهل تثبت البينونة اما الاول لانها
قبل الدخول ولا شك ان هذه الالفاظ صالحة لاثبات البينونة فانه يثبت
البينونة بها قبل الدخول وبعد انقضاء العدة ويثبت به قبول المحل ايضا
لان ثبوت البينونة في محل لا يحتملها محال والدليل على ان الشرع ورد
بهذه الالفاظ قوله تعالى فامساك بمعروف او فارقوهن بمعروف والسريح
والمفارقة من كنايات الطلاق على ما بينا وروي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم تزوج امراة فرايي في كشحها بياضا فقال لها الحقي باهلك
وهذا من الفاظ الكنايات وروي ان زيد بن ركانة طلق امراته البتة
فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اراد بها الثلاث وقوله البتة من الكنايات
واذا ثبت ان هذا التصرف مشروع فوجود التصرف حقيقة وجود ركنه
ووجوده شرعا بصدوره من اهله وحلوله في محله وقد وجد فثبت
البينونة واذا ثبتت البينونة فقد زال الملك فلا يملك الرجعة ولان
شرع الطلاق في الاصل لمكان المصلحة لان الزوجين قد يختلف اخلاقهما
وعند اختلاف الاخلاق لا يبقى النكاح مصلحة لانه لا يبقى وسيلة الى المقاصد

فتنقلب المصلحة الى الطلاق ليصل كل واحد منهما الى الزوج يوافقه
فيستوفي مصالح النكاح منه الان المخالفة قد تكون من جهة الزوج لاختلالها
بكمال العقل والراي فينظر في حال نفسه فان كانت المخالفة من جهته
يطلقها طلاقا واحدا رجعيا او ثلاثا في ثلاثة اطهار وجوب نفسه في هذه
المرة فان كان يمكنه الصبر عنها ولا يميل قلبه اليها بتركها حتى تنقضي عدتها
وان كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها وان كانت المخالفة من جهتها وقع للخالع
الى ان تتوب وتعود الى الموافقة وذلك لا يحصل بالطلاق الرجعي لانها
اذا علمت ان النكاح بينهما قايم لا تتوب فتحتاج الى الابانة التي بها
يزول الحل والملك لتذوق مرارة الفراق فتعود الى الموافقة عسى واذا
كانت المصلحة في الطلاق بهذين الطريقين سدت الحاجة الى شرع الابانة
عاجلا واجلا تحقيقا لمصالح النكاح بالقدر الممكن وقوله هذه الالفاظ مجاز
عن الطلاق ممنوع بل هي حقايق عاملة بانفسها لانها صالحة للعمل بانفسها
على ما بينا فكان وقوع البينونة بها لا بما لكني عنه على انا ان سلمنا انها
مجاز عن الطلاق فلفظ المجاز عامل بنفسه ايضا كلفظ الحقيقة فان
للمجاز احد نوعي الكلام فيعمل بنفسه كالحقيقة ولهذا قلنا ان للمجاز عمومًا
كالحقيقة الا انه يشترط النية لنوع العينونة والحرمة الى الغليظة و
للحقيقة فكان الشرط في الحقيقة نية التمييز وتعيين احد النوعين لا نية الطلاق
والله اعلم وستوي فيما ذكرنا من الصريح والكنايات الرجعي والبائن ان
يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه بطريق الاصالة او بعبارة نايبه
مرة وذلك نوعان تفويض وتوكيل اما التفويض فنحو قول
الرجل لامراته امرك بيدك وقوله اختاري وقوله انت طالق
ان شئت وما يجري مجراه وقوله طلقي نفسك فصل
اما قوله امرك بيدك فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان صفة هذا التفويض
وهو جعل الامر باليد وفي بيان حكمه وفي بيان شرط ثبوت الحكم
وفي بيان شرط تنفيذه وما يبطل به وما لا يبطل وفي بيان صفة الحكم الثابت

وفي بيان ما يصلح جوابا جعل الامر باليد من الالفاظ وبيان حكمها
اذا وجد اما بيان صفته فنوعان لازم من جانب الزوج حتى لا يملك
الرجوع عنه ولا ينهى المراة عما جعل اليها ولا يفسخ ذلك لانه ملكها
الطلاق ومن ملك شيئا فقد زالت ولايته عن الملك فلا يملك ابطاله ٤ب
بالرجوع والنهي بالفسخ بخلاف البيع فان الايجاب من البايع لتبيين
بتمليك بل هو احد ركني البيع فاحتمل الرجوع عنه ولانه ان الطلاق
بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فكذا بعد ايجابه بخلاف البيع فانه يحتمل
الفسخ بعد تمامه فيحتمل الفسخ والرجوع بعد ايجابه ايجابا ولان هذا
النوع من التمليك فيه معنى التعليق فلا يحتمل الرجوع والفسخ //
كسائر التعليقات المطلقة بخلاف البيع فانه ليس فيه معنى التعليق
راسا وكذا لو قام من المجلس لا يبطل الجعل لانه قيامه دليل
الابطال لكونه دليل الاعراض فاذا لم يبطل بصريح ابطاله كيف يبطل
بدليل الابطال بخلاف البيع اذا وجب البايع ثم قال قبل قبول المشتري
انه يبطل الايجاب لان البيع يبطل بصريح الابطال فجاز ان يبطل بدليل
الابطال واما من جانب المراة فانه غير لازم لانه لما جعل الامر بيدها
تخير بين اختيارها نفسها والتطليق وبين اختيارها وجهاز
التخيير ينافي اللزوم واما حكمه فتوصيرورة الامر بيدها في الطلاق
لانه لما جعل الامر بيدها في الطلاق وهو من اهل الجعل والمحل قابل للجعل
فيصير الامر بيدها واما شرط صيرورة الامر بيدها شيئان احدهما
نية الزوج الطلاق لانه من كنايات الطلاق فلا يصح من غير نية
الطلاق الا ترى انه لا يملك ايقاعه بنفسه من غير نية الطلاق فكيف
يملك تفويضه الى غيره من غير نية الطلاق حتى لو قال الزوج ما اردت
به الطلاق يصدق ولا يصير الامر بيدها لان هذا التصرف محتمل
الطلاق ويحتمل غيره الا اذا كانت الحال حال الغضب والخصومة او حال
مذاكرة الطلاق فلا يصدق في القضا لان الحال تدل على ارادة الطلاق

ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر فان ادعت المراة انه اراد به الطلاق
او ادعت ان ذلك كان في حال الغضب او في حال ذكر الطلاق وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه لانها تدعي عليه الطلاق وهو ينكر فان اقامت البينة
ان ذلك كان في حال الغضب او ذكر الطلاق قبلت بينتها لان حال الغضب
وذكر الطلاق تقف الشهود عليهما وتنقل علمهم فكانت شهادة من
علم بالمشهود به تقبل ولو اقامت البينة على انه نوى الطلاق لم تقبل
بينتها لانه لا وقوف للشهود على النية لانها امر في القلب فكانت هذه
شهادة لا من علم بالمشهود به فلا تقبل والثاني علم المراة بجعل الامر
بيدها حتى لو جعل الامر بيدها وهي غائبة او حاضرة لم تسمع لا يعير
الامر بيدها في الطلاق هو ثبوت الخيار لها وهو اختيارها نفسها بالطلاق او رجعيا بترك الطلاق اختيار الايثار وهذا لا يتحقق بعد العلم
بالتخيير واذا علمت بالتخيير صار الامر بيدها في اي وقت علمت ان كان
التفويض مطلقا عن الوقت وان كان موقتا بوقت وعلمت به في شيء
من الوقت صار الامر بيدها فما دام اذا علمت بعد مضي الوقت كله لا يعير
الامر بيدها بهذا التفويض ابدا لان ذلك علم لا ينفع لان التفويض
الموقت بوقت ينتهي عند انتهاء الوقت فلو صار الامر بيدها بعد ذلك
لصار من غير تفويضه وهذا لا يجوز واما بيان شرط بقاء هذا الحكم ومالا
يبطل به ومالا يبطل فلم يكن موقتا الا بعد معرفة اقسام
الامر باليد فنقول وبالله التوفيق جعل الامر باليد لا يخلو اما ان
يكون منجزا واما ان يكون مضافا الى وقت والمنجز لا يخلو اما ان يكون
منجزا واما ان يكون معلقا بشرط واما ان يكون مضافا الى وقت والمنجز لا يخلو اما ان يكون مطلقا واما ان يكون موقتا فان كان مطلقا
بان قال امرك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس وهو مجلس علمها بالتفويض فما دامت في مجلسها فالامر بيدها لان جعل الامر بيدها
تمليك الطلاق منها لانه جعل امرها في الطلاق بيدها يتصرف فيه

برايما وقد بيرها كيف شاءت مشيئة الايثار وهذا معنى المالكية وهو التمليك
من مشيئة الايثار والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه من غيره
فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج وجواب التمليك يتقيد بالمجلس
لان المملك انما يملك لشرط الجواب في المجلس لانه يملكها بالخطاب وكل
مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس ليتقيد جواب التمليك
بالمجلس كما في قبول البيع وغيره وسواء قصر المجلس او طال لان ساعات
المجلس جعلت كساعة واحدة لان اعتبار المجلس للحاجة الى التامل والتامل
وذلك يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال والاوقات ولا ضابط
الا المجلس فتقدر بالمجلس ولهذا جعل الصحابة رضي الله عنهم للمخيرة
المجلس فيبقى الامر في يدها ما بقي المجلس فان قامت عن مجلسها بطل
لان الزوج يطلب جواب التمليك فكان رد التمليك دلالة ولان المملك
لما طلب الجواب عن المجلس لا يملك الجواب في غير المجلس لانه ما ملكها في
غيره وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن في بقاء الامر فائدة فيبطل
وكذلك اذا وجد منها قول او فعل يدل على اعراضها عن الجواب بان دعت
بطعام لتاكله او امرت وكيلها بشيء او خاطبت انسانا ببيع او شراء او
كانت قائمة فركبت او راكبة فانتقلت الى دابة اخرى او واعظة فسارت
او استظلت او اغتسلت او مكنت من نفسها زوجها حتى وطيها او اشتغلت
بالنوم لان هذا كله دليل الاعراض عن الجواب وان كانت سايرة او كانا
في محمل واحد فان اجابت على الفور والا بطل خيارها لان سير الدابة
بتسيير الراكب وان كانت سايرة فوقفت الدابة فهي على خيارها وان
كانت في سفينة فسارت لا يبطل خيارها لان حكمها حكم البيت وكل
ما يبطل به الخيار اذا كانت في البيت يبطل به واذا كانت في السفينة
وما لا فلا فان كانت قائمة فقعدت لم يبطل خيارها بخلاف ما اذا كانت قاعدة
فقامت لان القصور بجمع الراي والقيام يفرقه فكان القعود دليل ارادة
التامل والقيام دليل ارادة الاعراض وكذلك ان كانت متكية فقعدت

لم يبطل خيارها لما قلنا فان كانت قاعدة فاحدثت فيه روايتان
في رواية يبطل خيارها لان المثلي يقعد ليجمع رايه واما القاعد فلا
يكون لذلك وفي رواية اخرى لا يبطل لان المتامل يتمثل من الاتكاء الى
القعود مرة ومن القعود الى الاتكاء اخرى وقد صار الامر بيدها بيقين
فلا يخرج ولو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها في ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف روايتان روي الحسن بن زياد عنه انه لا يبطل خيارها وروى
الحسن بن ابي مالك عنه انه يبطل كما قال زفر ان ابتدات الصلاة بطل
خيارها فرضا كانت الصلاة او واجبة او نفلا لان استغالها بالصلاة
اعراض عن الجواب فان خيرها وهي في الصلاة فاتمتها فان كانت في
صلاة الفرض او الواجب كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة
لانها مضطرة في الاتمام لكونها ممنوعة عن الفساد فلا يكون الاتمام
دليل الاعراض وان كانت في صلاة التطوع فان سلمت على راس الركعتين
فهي على خيارها وان زادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من
التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفع بمنزلة الشروع في الصلاة
ابتداء ولو اخبرت وهي في الاربع قبل الظهر فاتمت ولم تسلم على راس
الركعتين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يبطل خيارها كما في التطوع
المطلق وقال بعضهم لا يبطل وهو الصحيح لانها في معنى الواجب لكانه
من اولها الى اخرها صلاة واحدة ولو اخذ الزوج بيدها فاقامها
بطل خيارها لانها ان قدرت على الامتناع فلم تمتنع فقد قامت باختيارها
وهو دليل الاعراض وان لم تقدر على ان تمتنع فقد قدرت على ان تقول قبل
الاقامة اخترت نفسي فلما لم تقل فقد اعرضت عن الجواب فان اكلت
طعاما يسيرا من غير ان تدعوا بطعام او شربت شرابا قليلا او نامت
قاعدة او لبست ثوبا وهي قاعدة او لبست وهي قاعدة ولم تقم لم
يبطل خيارها لانها لا تحتاج الى احضار الشهود فتحتاج الى اللبس
لتستتر به فكان ذلك من ضرورات الخيار فلا يبطل به والاكل اليسير لا
يدل على الاعراض وكذا النوم قاعدة من غير ان تشتغل به وكذا لو سجدت

او قرات شيأ قليلا لم يبطل خيارها لان التسبيح اليسير والقراة القليلة لا
يدلان على الاعراض ولان الانسان لا يخلوا عن التسبيح اليسير والقراة
القليلة فلو جعل ذلك مبطلا للخيار لافسد باب التفويض وان طال ذلك
يبطل الخيار لان الطويل منه دليل الاعراض فلا يكثر وجوده فان قالت
ادعوا الي شهودا اشهدهم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى ذلك صيانة
لاختيارها عن الجحود فكان ذلك من ضرورات الخيار فلم يكن دليل الاعراض
وكذا اذا قالت ادعوا الي ابي استشيره لان هذا امر يحتاج الى المشورة
وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اراد تخيير نسائه قال لعائشة
رضي الله عنها اني اعرض عليك امرا فلا تعجلي حتى تستشيري ابويك ولو
كانت المشورة مبطلة للخيار لما ندبها الى الاستشارة ولو قالت اختار نفسي
او قالت لا اختار الطلاق خرج الامر من يدها لانها صرحت برد التمليك
والرد يبطل بدلالة الرد فالصريح اولى وسواء كان التمليك بكلمة كلما
او بدونها فان قال لها امرك بيدك كلما شئت لما ذكرنا ان اختيارها
زوجها رد التمليك فيرتد ما جعل اليها في جميع الاوقات هذا اذا كان
التفويض مطلقا عن الوقت فاما اذا كان موقتا فان اطلق الوقت
بان قال امرك بيدك اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متاما شئت
فلها الخيار في المجلس وغير المجلس ولا يتقيد بالمجلس حتى لو ردت الامر
لم يكن ردا ولو قامت من مجلسها او اخذت في عمل اخر او كلام اخر فلها ان
تطلق نفسها لان ما ملكها الطلاق ملكها لتكون طالبا جوابها في المجلس
بل ملكها في اي وقت شاءت فلها ان تطلق نفسها في اي وقت شاءت الا
انها لا تطلق نفسها الا مرة واحدة لما ذكرنا وان وقتها بوقت خاص بان
قال امرك بيدك يوما او شهرا او سنة او قال اليوم او الشهر او السنة او قال
هذا اليوم او هذا الشهر او هذه السنة لا تتقيد بالمجلس ولها الامر في الوقت
كلمة تختار نفسها فيما شاءت منه ولو قامت من مجلسها او تشاغلت بغير
الجواب لا يبطل خيارها ما بقي شيء من الوقت بلا خلاف لان فوت الامر

فبطل ضرورة عدم الفائدة في التقاوهذه الضرورة متوهمة هاهنا لان
الزوج طلبه من الجواب في جميع الوقت لا في المجلس فكان في بقاء الامر بعد
القيام عن المجلس فائدة ولان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها
وبين ان تختار زوجها ولو اختارت نفسها بطل خيارها في جميع
المدة فكذا اذا اختارت زوجها وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه
اذا قال امرك بيدك هذا اليوم كان على اليوم كله ولو قال
امرك بيدك في هذا اليوم كان على مجلسها لان في الفصل الاول جعل اليوم
كله ظرفا للامر بد فلا تقيد بالمجلس وفي الفصل الثاني جعل جزوا
من اليوم ظرفا كما لو قال لله علي ان اصوم في عمري انه لا يلزمه الا صوم يوم
واحد لانه جعل جزوا من عمره ظرفا للصوم واذا صار جزوا من اليوم ظرفا
للامر وليس جزوا اولى من جزو فيختص بالمجلس ولو قال امرك بيدك
الى راس الشهر فصار الامر بيدها الى راس الشهر ولا يبطل بالقيام عن
المجلس والاشتغال بترك الجواب وهل يبطل باختيارها زوجها فهو
على الاختلاف الذي ذكرنا واما التفويض المطلق بشرط فلا يخلو من
احد وجهين اما ان يكون مطلقا واما ان يكون موقتا فان كان مطلقا
بان قال اذا اقدم فلان امرك بيدك فقدم فلان فامرك بيدك يوما او قال
اليوم الذي يقدم فيه فلان فاذا قدم فلها الخيار في ذلك كله اذا علمت
بالقدوم غير انه ان ذكر اليوم منكرا تقع على بقية اليوم الذي يقدم فيه
ولا يبطل بالقيام عن المجلس وهل يبطل باختيارها زوجها عندنا على
ما ذكرنا من الخلاف وليس لها ان تختار نفسها في الوقت كله الا
مرة واحدة لما بينا ولو لم تعلم بقدومه حتى مضى الوقت ثم
علمت فلا خيار لها بهذا التفويض ابدا لما مر واما المضاف الى الوقت
بان قال امرك بيدك غدا او راس شهر كذا في الوقت صار الامر بيدها
لان الطلاق يحتمل الاضافة الى الوقت كذا تمليكه وكان على مجلسها من
اول الغد وراس الشهر واول الفجر من حين يطلع الفجر الثاني وراس الشهر

البيا في الوقت المذكور فبقي ما بقي الوقت ولانه لو بطل الامر باعراضها
فلم يكن للتوقيت فائدة وكان الوقت وغير الوقت سواء غير انه ان
ذكر اليوم او الشهر او السنة منكرا فلها الامر من الساعة التي يكلمها
فيها الى مثلها من الغد والشهر والسنة لان ذلك يقع على يوم تام
وشهر تام وسنة تامة ولا يتم الا بما قلنا ويكون الشهر ها هنا بالايام
لان التقدير اذا وجد في بعض الشهر لا يكون اعتبار الاهلة تعتبر
بالايام وان ذكر ذلك معرفا فلها الخيار في بقية اليوم او بقية الشهر
وفي بقية السنة لان المعرف منه يقع على الباقي ويعتبر الشهر ها هنا
بالهلال لان الاصل في الشهر هو الهلال والعدد ثبت منه الى غيره
لكان الضرورة ولا ضرورة ها هنا ولو اختارت نفسها في الوقت
مرة ليس لها ان تختار مرة اخرى لان اللفظ يقتضي الوقت
ولا يقتضي التكرار ولو قالت اخترت زوجي او قالت لا اختار //
الطلاق ذكر في بعض المواضع ان على قول ابي حنيفة ومحمد
يخرج الامر من يدها في جميع الوقت حتى لا يملك ان تختار نفسها
بعد ذلك وان بقي الوقت وعند ابي يوسف يبطل خيارها في ذلك
المجلس ولا يبطل في مجلس اخر وذكر في بعضها الاختلاف على العكس
من ذلك وجه قول من قال انه لا يخرج الامر من يدها انه جعل
الامر بيدها في جميع الوقت فاعراضها في بعض الوقت لا يبطل
خيارها في الجميع كما اذا قامت من مجلسها او اشتغلت بامر يدل
على الاعراض وجه قول من يقول انه يخرج الامر من يدها ان
قولها اخترت زوجي رد للتمليك واحد فيبطل برد واحد كالتمليك
البيع بخلاف القيام عن المجلس لانه ليس برد حقيقة بل هو
امتناع من الجواب في المجلس والمجلس الا انه جعل رد في التفويض
المطلق عن الوقت ضرورة ان الزوج طلب الجواب في المجلس //
والمجلس يبطل بالقيام فلو بقي الامر بقي خاليا عن الفائدة

ليلة الهلال ويومها وان قال امرك بيدك اليوم وهذا او قال امرك
بيدك هذين اليومين فلها الامر في اليومين تختار نفسها في ايهما شاءت
ولا يبطل بالقيام عن المجلس ما بقي شئ من الوقتين واما الامر في زوجها
فممنوع على ما مر من الاختلاف ولو قال لها امرك بيدك اليوم ولم يزد عند
فاختارت زوجها اليوم فلها ان تختار نفسها بعد غد فرد الامر
في احدهما لا يكون ردا في الاخر بخلاف قوله امرك بيدك اليوم او الشهر
او السنة او اليوم وغدا وهذين اليومين على قول من يقول ببطلان الامر لان
الزمان زمان واحد لا يتحمل الا خيارا وفيه فكان التفويض واحدا
فردا لامر وقيد ببطله ولو قال امرك بيدك اليوم او امرك بيدك غدا
فلها امران حتى لو اختارت زوجها اليوم او ردت الامر فهي على خيارها
غدا لانه لما كرر اللفظ فقد تعدد التفويض فرد احدهما لا يكون ردا
للاخر ولو اختارت نفسها في اليوم الاول فطلقت ثم تزوجها
قبل مجيء الغد فاراد ان تختار فلها ذلك وتطلق اخرى اذا
اختارت لان ملكها كل واحد من التفويضين طلاقا فالايقاع
باحدهما لا يمنع من ايقاع الاخر ولو قال لها امرك بيدك هذه السنة
فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها ان تختار من بقية السنة في قول
ابي يوسف قال ابو يوسف وقياس قول ابي حنيفة ان يلزمها الطلاق
في الخيار الثاني ولست اروي هذا عنه ولكن هذا قياس قوله ولو
كان ترك القياس واستحسن لكان مستقيما ولو لم تختر نفسها ولا
زوجها ولكن الزوج طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها في
تلك السنة فلا خيار لها في بقية السنة في قول ابي يوسف وعند ابي
حنيفة لها الخيار وجه قول ابي يوسف ان الزوج تصرف فيما فوض
اليها فلخرج الامر من يدها كالموكل اذا باع ما وكل ببيعه انه ينعزل
الوكيل ولابي حنيفة ان جعل الامر باليد فيد معنى التمليك فزوال
الملك لا يبطله ما دام لحلف الملك الاول قائما كما في سائر التمليكات

وقوله

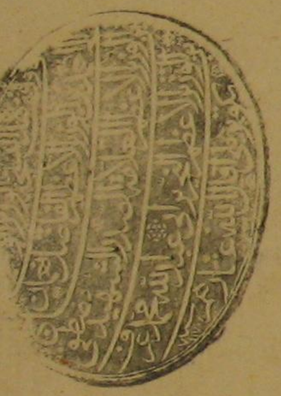
وقوله الزوج فيما فوض اليها ليس كذلك لانه يملك ثلاث تطليقات
ولم يفوض اليها واحدة فيقتضي خروج المفوض عن يده لا غير كما
اذا وكل انسانا ببيع ثوبين له فباع الوكيل احدهما لم تبطل الوكالة لما قلنا
كذا هذا واما بيان صفة الحكم الثابت بالتفويض فمن صفته له غير لازم
في حق المرأة حتى تملك رده صريحا او دلالة لما ذكرنا ان جعل الامر
بيدها تخيير لها بين ان تختار نفسها وبين ان تختار زوجها والتخيير
ثبت في اللزوم ومن صفته انه اذا خرج الامر من يدها لا يعود الا مرأي
بيدها بذلك المجلس ابدا وليس لها ان تختار الا مرة واحدة لان قوله امرك
بيدك لا يقتضي التكرار الا اذا اقترن به ما يقتضي التكرار بان قال امرك
بيدك كلما شئت فيصير الامر بيدها في ذلك المجلس وغيره ولها ان
تطلق نفسها في كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث لان كلمة
كلما تقتضي تكرار الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم
جلودا غيرها وقال كلما اوقدوا نارا للحرب اطفاها الله فيقتضي تكرار
الافعال عند تكرار المشتق لا محالة الا ترى ان تطلق نفسها في كل مجلس
الا تطليقة واحدة لا يصير قابلا لها في كل مجلس امرك بيدك فاذا
اختلفت فقد انتهى بوجب ذلك التمليك ثم يتجدد لها الملك بتمليك
اخر في مجلس اخر عند مشيئة اخرى الى ان يبتوي في ثلاث تطليقات
فان بانت بثلاث تطليقات ثم تزوجت بزوج اخر في مجلس اخر وعادت
الى الزوج الاول فلا خيار لها لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك
الزوج والزوج انما ملكها ما كان يملكه بنفسه كيف يملكه غيره وان
بانت باثنة او ثنتين ثم تزوجت بزوج اخر ثم عادت اليه فلها
ان تشا الطلاق مرة اخرى حتى تستوفي الثلاث في قول ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا لمحمد وهو قول الشافعي بناء على ان الزوج الثاني
يهدم ما دون الثلاث من التطليقات وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم
بخلاف ما اذا قال امرك بيدك ان شئت او اذا ما شئت او متى شئت او ما لم

ماشئت ان لها الخيار في المجلس وغيره لكنهما لا تملك ان تختار الامرة واحدة
فاذا اختارت من لا تتكرر لها الخيار في ذلك لان اذا اومتى لا تفيد التكرار
وانما تفيد مطلق الوقت كانه قال لها اختاري في اي وقت شئت
فكان لها الخيار في المجلس وغيره لكن مرة واحدة فاذا اختارت مرة
واحدة انتهى موجب التفويض بخلاف الفصل الاول لان كلما تقتضي
تكرار الافعال فيتكرر التفويض عند تكرار المشيئة والله اعلم واما
بيان ما يصلح جوابا جعل الامر باليد من الالفاظ وما لا يصلح وبيان
حكمه اذا وجد فالاصل فيه ان كل ما يصلح من الالفاظ طلاقا من الزوج
يصلح جوابا من المراة وما لا فلا الا في لفظ الاختيار خاصة فانه لا يصلح
طلاقا من الزوج يصلح جوابا من المراة وما لا فلا الا في لفظ الاختيار
خاصة فانه لا يصلح طلاقا من الزوج ويصلح جوابا من المراة في الجملة
بخلاف الاصل لان التفويض من الزوج تمليك الطلاق منها فما يملك
بنفسه يملك تمليكه من غيره وما لا فلا هو الاصل اذا عرف هذا فنقول
اذا قالت طلقت نفسي وابنت نفسي او حرمت نفسي يكون جوابا
لان الزوج لو اتى بهذه الالفاظ كان طلاقا وكذا اذا قالت انا منك بائن
او انا عليك حرام لان الزوج لو قال لها انت مني او انت علي حرام كان
طلاقا وكذا اذا قالت انا منك بائن او انا عليك حرام لان الزوج اذا
قال لها ذلك كان طلاقا ولو قالت انا بائن ولم تقل منك او قالت انا
حرام ولم تقل عليك لم يكن جوابا لان الزوج لو قال لها انت بائن او انت
حرام ولم يقل مني او علي كان طلاقا ولو قالت لزوجها انت بائن او لم
تقل مني او قالت له انت حرام ولم تقل علي يكون باطلا لان الزوج
لو قال لها انا بائن او انا حرام لم يكن طلاقا ولو قالت انا منك
طالق يكون جوابا لان الزوج لو قال لها انت مني طالق كان طلاقا
وكذا لو قالت انا طالق ولم تقل منك لان الزوج لو قال انت
طالق ولم يقل مني كان طلاقا ولو قالت لزوجها انت مني طالق

لم يكن جوابا

لم يكن جوابا لان الزوج لو قال لها انا منك طالق لم يكن طلاقا عندنا
خلافا للشافعي ولو قالت اخترت نفسي كان جوابا وان لم يكن هذا
اللفظ من الزوج طلاقا وانه تثبت شرعا بخلاف القياس بالنص
واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما نذكر ان شاء الله تعالى واما
الواقع بهذه الالفاظ التي تصلح جوابا فطلاق واحد بائن ان
كان التفويض مطلقا عن قرينة الطلاق بان قال لها امرك بيدك
ولم ينو الثلاث اما وقوع الطلقة الواحدة فلانه ليس في التفويض
ما ينبئ عن العدد واما كونها بائنة فلان هذه الالفاظ جواب
الكنايات والكنايات هي اصلنا ولان قوله امرك بيدك جعل
امكنة امرها نفسها بيدها فتصير عند اختيار ما نفسها مالكة نفسها
وانما تصير مالكة نفسها بالبائن لا بالرجعي وان قرن به ذكر الطلاق
بان قال لها امرك بيدك في تطليقة فاختارت نفسها هي واحدة
يملك الرجعة لانه فوض البيان الصريح حيث نص عليه وبه تبين
انه ما ملكها نفسها واما ملكها التطليقة وخيرها الفعل والتزك
عرفناه لك بنص كلامه بخلاف ما اذا طلق لانه لما اطلق فقد
ملكها نفسها والا تملك نفسها الا البائن ولو قال امرك بيدك
ونوى الثلاث فطلقت نفسها ثلاثا كان ثلاثا بانه امرها بيدها
لانه جعل امرها بيدها مطلقا فتحتمل الواحد ويحتمل الثلاث
فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله مطلق الامر فصحت نيته
وان نوى اثنتين فهي واحدة عند اصحابنا الثلاثة خلافا
لزفر وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم وكذا اذا قالت طلقت نفسي
او اخترت نفسي ولم تذكر الثلاث في الجواب هي ثلاثا لانه
جواب تفويض الثلاث فيكون ثلاثا وكذا اذا قالت ابنت
نفسي او حرمت نفسي وغير ذلك من الالفاظ التي تصلح
جوابا ولو قالت طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي تطليقة

مني واحدة بائنة لانه لما نوى ثلاثا فقد فوض اليها الثلاث هي انت
بالواحدة منفع واحدة كما لو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها
واحدة وتكون بائنة لانه ملكها نفسها ولو تملك نفسها الا بالبائن
ولو قالت اخترت نفسي بواحدة ونوى ثلاث فرقا بينهم مبينة وبين
قولها طلقت نفسي واحدة ووجه الفرق ان معنى قولها بواحدة
اي بمرة واحدة وهي عبارة عن توخذ فعل الاختيار على وجه
لا يحتاج بعده الى اختيار اخر وانقطاع العلقة تبينها بالكلية
بحيث لا يبقى بينهما امر بعد ذلك وذلك انما يكون بالثلاث
بخلاف قولها طلقت نفسي واحدة لانها جعلت الفوجه هناك
صفة المختار وهو الطلاق لا صفة فعل الاختيار فهو الفرق
بين الفصلين والله اعلم **فصل** واما قوله اختاري فالكلام
فيه يقع فيما ذكرنا من المواضع في الامر باليد والجواب فيه //
كالجواب في الامر في جميع ما وصفنا لان كل واحد منهما تمليك
الطلاق من المراة وتخيير لها بين ان تختار نفسها او زوجها
لا يختلفان الا في شيء احدهما ان الزوج اذا نوى الثلاث
في قوله امرك بيدك صح في قوله اختاري لانه نية الثلاث
والثاني ان في قوله اختاري لا بد من ذكر النفس في احد
الكلامين اما في تفويض الزوج واما في جواب المراة بان
تقول لها اختاري نفسك وتقول اخترت او تقول لها اختاري
فتقول اخترت نفسي او ذكر الطلاق في كلام الزوج او في
كلام المراة بان يقول لها اختاري الطلاق فتقول اخترت
او يقول لها اختاري فتقول اخترت الطلاق او ذكر ما يدل
على الطلاق وهو تكرار تخيير من الزوج بان يقول لها اختاري
اختاري فتقول اخترت او ذكرت الاختيارة في كلام الزوج
او في كلام المراة بان يقول الزوج اختياري اختيارة فتقول



اخترت او يقول الزوج اختاري فتقول اخترت نفسي اختياره وانما كان
كذلك لان القياس في قوله اختاري ان لا يقع شيء وان اختارت لانه
ليس من الفاظ الطلاق لغة الا ترى ان الزوج لا يقع الطلاق
بهذا اللفظ بان قال لامراته اخترت او اخترت نفسي لا يطلق فاذا لم
يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكيف يملك تفويضه الا انه
حمل من الفاظ الطلاق شرعا بالكتاب والسنة والاجماع اما الاجماع
فقوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا
وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا الى قوله اجرا
عظيما امره الله تعالى بتخيير نسائه بين اختيار الفراق والبقا
على النكاح والنبي صلى الله عليه وسلم خيرهن على ذلك ولو لم تقع الفرقة
لم يكن للامر بالتخيير والتخيير معنى وروي عن عائشة رضي
الله عنها انها قالت لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير ازواجه
بدا بي فقال يا عائشة اني اذكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستامري
ابويك قالت وقد علم الله ان ابوي لم يكونا ليامراني بفراقه قالت
فقرا يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها
فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا الى قوله اجرا عظيما
فقال هذا استامر ابوي واني اريد الله ورسوله وفعل سائر
ازواجه مثل ما فعلت فدل انه لوجب اختيار الفرقة والبقا
على النكاح واما الاجماع فانه روي عن جماعة من الصحابة مثل
عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وجابر و
عائشة رضي الله عنهم ان المخيرة اذا اختارت نفسها في مجلسها
وقع وكذا بشهر ايضا هذه الخيارات الطارئة على النكاح وهي خيار
المعتقة وامراة العنين وتقع الفرقة بذلك الخيار فكذا هذا وكذا
اختلفوا في كيفية الواقع على ما تذكر وذلك دليل اصل الوقوع اذا
لكيفية من باب الصفة والصفة يستدعي وجود الموصوف فثبت

كونه هذا اللفظ من الفاظ الطلاق بالشرع فيتبع مورد الشرع ورد
به مع قرينة الفراق نصا او دلالة او قرينة النفس فان اختياره
التفويض مضمر في قوله تعالى ان كنتن تردن الحياة الدنيا بدليل
ما تلاه بلا وهو قوله تعالى وان كنتن تردن الله ورسوله فدل ذلك
على اضمار اختيار الفراق كانه قال ان كنتن تردن الحياة الدنيا
وزينتها مع اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين ان
تخترن الله ورسوله والدار الاخرة فكن مختارات للطلاق لو
اخترن الدنيا او كان اختيارهن الدنيا وزينتها اختيار الفراق
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم يكن معه الدنيا وزينتها والصحابة
رضي الله عنهم جعلوا التخيرة المجلس فقالوا اذا اختارت
نفسها في مجلسها وقع الطلاق عليها فهذا مورد الشرع في هذا
اللفظ فيقتضي حكمه على مورد الشرع فيبقى فيه على اصل القياس
ولا يصلح جوابا لان قوله اختاري معناه اختاري ابا بي او نفسك
فاذا قالت اخترت فلم تات بالجواب لا عما لم تخير نفسها ولا زد
فلم يقع به شيء واذا قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت
فهو جواب لانها احرزت بذلك مخرج الجواب لقوله اختاري نفسك
فينصرف اليه كانها قالت اخترت نفسي وكذا اذا قال لها اختاري
فقالت اخترت نفسي وكذا اذا قال لها اختاري فقالت اخترت
نفسي لما ذكرنا ان معنى قوله اختاري اي اختاري ابا بي
او نفسك وقد اختارت نفسها فقد اتت بالجواب وكذا لو قالت
اختارت نفسي يكون جوابا استحسانا والقياس ان لا يكون جوابا
لان قولها اختار يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال فلا يكون جوابا
مع الاحتمال وجه الاستحسان ان صيغة افعل موضوعة للحال
وانما تستعمل للاستقبال بقرينة سين وسوف على ما عرف في موضعه
وكذا اذا قال لها اختاري اختاري فقالت اخترت يكون جوابا

الامر

جميعا

وان لم يوجد ذكر النفس في الجانبين جميعا لان تكرار الاختيار دليل
ارادة الطلاق لانه هو الذي يقبل التعدد كانه قال اختاري الطلاق
فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال لها اختاري اختيارة فقالت
اخترت او قال لها اختاري فقالت اخترت اختيارة فهو جواب
لان قوله اختيارة بقيد معنيين احدهما تاكيد الامر والثاني معنى
التوحيد والتفرد فالتقييد بما يوجب التفرد يدل على انه اراد به التخيير
فيما يقبل التعدد وهو الطلاق واذا قال لها اختاري الطلاق فقالت
اخترت فهو جواب لانه فوض اليها اختيار الطلاق مضافا فينصرف
الجواب اليه وكذا اذا قال لها اختاري وقالت اخترت الطلاق
لان معنى قوله اختاري اي اختاري ابا بي او نفسك فاذا
قالت اخترت الطلاق فقد اختارت نفسها فكان جوابا
ولو قال لها اختاري فقالت اخترت ابي واهلي
والازواج فالقياس ان لا يكون جوابا ولا يقع به شيء
وفي الاستحسان وجه القياس انه ليس في لفظ الزوج ولا
في لفظ المراة ما يدل على اختيارها نفسها فلا تصلح جوابا
وجه الاستحسان ان في لفظها ما يدل على الطلاق لان المراة
بعد الطلاق تلحق بابويها واهلها وتختار الازواج عادة
فكان اختيارها اهلها دلالة على اختيارها الطلاق فكانها
قالت اخترت الطلاق واما الواقع بهذه الالفاظ فاركان
تخيير واحدا ولم يذكر الثلاث في التخيير فلا يقع الا طلاق
واحد والكوز تقوي الثلاث في التخيير ويكون بائنا عندنا
ان كان التفويض مطلقا عن قرينة الطلاق وقال الشافعي
اذا اراد الزوج بالتخيير الطلاق فاختارت نفسها وقعت
الطلاق يقع واحدة رجعية وهذا مذهبه في الامر باليد
ايضا وقد اختلفت الصحابة رضي الله عنهم فيمن خير امراته

فاختارت زوجها او اختارت نفسها فقال بعضهم ان اختارت زوجها لا
يقع شيء وهو قول عمر وعبد الله بن مسعود وابي الدرداء
وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وروي عن علي رضي الله عنه انها
اذا اختارت زوجها يقع تطليقة رجعية والترجيح لقول الاولين
لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن الرجل //
خيرا امراته اتكون طلاقا فقالت خيرنا رسول الله صلى
الله عليه وسلم افكان طلاقا ولان التخيير اثبات الخيار في الفرقة
والبقاء على النكاح اختيار هما زوجها ودليل الاعراض عن ترك
النكاح والاعراض عن ترك النكاح فكيف يكون طلاقا ولو اختارت
نفسها فقال بعضهم هي واحدة بائنة وهو الروايتين عن عمر
علي رضي الله عنه وقال بعضهم هي واحدة رجعية وقال
زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا اختارت نفسها فثنتان وثلاث
والترجيح لقول من يقول يقع بائنا لا رجعيا اما وقوع البائن
فلان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها لتفسها وبين ان تختار
نفسها لزوجها فاذا اختارت نفسها لتفسها لو كان الواقع رجعيا
لم يكن اختيار نفسها لتفسها بل لزوجها اولزوجها ان يراجعها
ثنتان او ابنت واما عدم وقوع الثلاث وان وجدت نية الثلاث
في التخيير فلما ذكرنا ان الخيار لا يقع بالاختيار شيء
لانه ليس من الفاظ الطلاق وانما جعل الشرع ضرورة صحة
التخيير وحق الضرورة تخيير مقتصرا بالواحدة البائنة وان
كان التفويض مفوضا ولا تذكر الطلاق بان قال لها اختاري
الطلاق فقالت اخترت او قال لها اختاري فقالت اخترت
الطلاق ثم واحدة رجعية بانه لما صرح بالطلاق فقد خيرها
بين نفسها بتطليقة رجعية وبين رد التطليقة كما في قوله امرك
بيدك وان ذكر الثلاث في التخيير بان قال لها اختاري ثلاثا

فقالت

فقالت اخترت يقع ثنتان لان كل واحدة منهما تخيير تام بنفسه
لوجود ركنه وشرطه وهو النية والثاني لا يصلح تفسيرا للاول لان الشيء
لا يفسر بنفسه ولا يصلح جوابا ايضا ولا علة ولا حكما للاول ليكون
كلاما مبتدا او التكرار ولا ليل ارادة اختيار الطلاق فقولها اخترت
يكون جوابا لهما جميعا والواقع بكل واحد منهما طلاق بائن فيقع
تطليقتان بائنتان وكذلك اذا ذكر الثاني بحرف الصلة بان
قال لها اختاري او قال اختاري فاختاري لان الواو والفاء من حروف
العطف الا ان العاطف قد يذكر في موضع العلة وقد يذكر في موضع الحكم
كما يقال اسلم فقد اتاك الفوت ويقال قد اتاك الفوت فاسلم
لكن ها هنا لا يصلح علة ولا حكما فيكون للعطف والمعطوف غير المعطوف
عليه هو الاصل ولو قال لها اختاري اختاري اختاري او قال اختاري
واختاري واختاري او قال اختاري فاختاري فاختاري فقالت
اخترت في ثلاث لما قلنا ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت
اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة فهو ثلاث في قول ابي حنيفة
وعندهما يقع واحدة وجه قولهما انهما ما وقفت الا واحدة فلا
يقع الا واحدة لان الوقوع باختيارها ولم يوجد منها الا اختيار
واحدة فلا يقع به الزيادة على الواحدة كما لو قال لها اختاري
ثلاثا فقالت اخترت واحدة ولابي حنيفة رحمه الله ان الزوج ملكها
الثلث جملة والثلث جملة ليس فيها اولى ولا وسطى ولا اخيرة
فقولها اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة يكون لغوا فيبطل
بقيتها وقولها اخترت وانه يصلح جواب الكل وعلى هذا الخلاف اذا
قال لها اختاري واختاري واختاري اذا قال لها اختاري فاختاري
فاختاري فاختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة
ولو قال لها اختاري اختاري اختاري او ذكر التخيير بين حرف
الواو وبحرف الفاء فقالت قد اخترت اختيارة فهو ثلاث في

وبقي م

لزوم جميعا لان معناه اخترت الكل مرة فيقع الثلاث وان لم يوجد ذكر
النفس من الجانبين جميعا لما ذكرنا ان الثلاث من الزوج ارادة دليل ارادة
تخيير الطلاق وكذا اذا قالت اخترت الاختيارة او قالت اخترت الاختيارة
او قالت اخترت الاختيارة او قالت اخترت مرة او مرة او دفعة او
بدفعة او بواحدة فهو ثلاث لما قلنا ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة
او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لما ذكرنا في الامر باليد ولو قال
لها اختاري اختاري بالف درهم فقالت اخترت الاولى او الوسطى
او الاخيرة فهو ثلاث وعليها الف درهم في قول ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد لا يقع الا واحدة غير انهما ان اختارت نفسها بالاخيرة
كانت تطليقة واحدة ولا شيء عليها والاصل عند ابي حنيفة ان تعيين
الاولى او الوسطى او الاخيرة لغو لانه ملكها الثلاث جملة والثلاث المملكة
جملة ليس لها اولى ولا وسطى ولا اخيرة فكان التعيين منها لغوا
فبطل التعيين ويبقى قولها اخترت ولو قالت اخترت طلقت ثلاثا
وعليها الالف كذا هذا والاصل عندهما ان اختيار الاولى او الوسطى
او الاخيرة صحيح ولا يقع الا واحدة غير انهما يقولان لا يلزمها الالف
الا اذا اختارت الاخيرة لان كل واحدة من التخييرات تخيير على حدة
لانه كلام تام بنفسه ولم يذكر معه حرف الجمع فيجعل الكل كلاما واحدا والبين
كل واحد منهما تخييرا تاما بنفسه فيبطل كل واحد منهما حكم نفسه
والبدل لم يذكر الا في التخيير الاخير فلا يجب الا باختيار الاخيرة ولو ذكر
حرف الواو وحرف الفا فقال اختاري واختاري واختاري بالف درهم
او قال اختاري فاختاري فاختاري بالف درهم فقالت اخترت الاولى
او الوسطى الاخيرة فعند ابي حنيفة لا يختلف الجواب تطلق ثلاثا وعليها
الف درهم لما ذكرنا وعندهما لا يقع الطلاق في هذه الصورة لانه لما جمع
بين التخييرات الثلاث بحرف الجمع جعل الكل كلاما واحدا او تداركها ان
يحرم نفسها عليه بالف فلا يملك التحريم بما قل من ذلك كما اذا قال لها

طلقي

لم يقع نفسك ثلاثا بالف درهم فطلقت نفسها واحدة انه لا يقع شيء لما
قلنا كذا هذا فصل واما قوله انت طالق ان شئت فهو مثل قوله
اختاري في جميع ما وصفنا لان كل واحد منهما تملك الطلاق الا ان
الطلاق هاهنا رجعي وهناك بائن لان المعرض هاهنا صريح وهناك
كناية وكذا اذا قال انت طالق ان احببت او رضيت او هويت اذا اردت
لانه علق الطلاق بفعل من افعال القلب فكان مثل قوله ان شئت وكذا
اذا قال انت طالق حيث شئت او اين شئت او حيثما شئت او ايما شئت
فهو مثل قوله ان شئت لان حيث واين اسم مكان وما صلة فيهما ولا تعلق
للطلاق بالمكان فلغوا ذكرها لعدم الفائدة ويبقى ذكر المشيئة فصار
كانه قال لها انت طالق كم نويت او ما شئت غير ان لها ان تطلق
نفسها في المجلس ما شاءت واحدة او ثنتين او ثلاثا لان كلمة كم للعدد
وقدر الطلاق هو العدد وهو الواقع وكذا كلمة شئ في مثل هذا الموضع تذكير
لبيان العدد يقال كل من لها مي ما شئت اي العدد الذي شئت ولو قال
لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى ما شئت فلها ان تطلق نفسها
في اي وقت شاءت في المجلس وبعد القيام عنه قوله انت طالق كلما شئت
بان قال لها ان تطلق نفسها مرة بعد اخرى حتى تطلق نفسها مرة
بعد اخرى حتى تطلق نفسها ثلاثا لان المعلق بالمشيئة وان كان واحدا
وهو الثابت مقتضى قوله انت طالق وهو الطلاق لكنه علقه بالمشيئة
بكلمة كلما انها تقتضي تكرار الافعال فيتكرر المعلق بتكرر الشرط واذا وقع
الثلاث عند المشيئات المذكورة يبطل التعليق عند اصحابنا الثلاثة خلافا
لزفر حتى لو تزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول فطلقت نفسها
لا يقع شيء وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لما ذكرنا
فيما تقدم ولان المعلق بكل مشيئة والمفوض اليها تطليقة واحدة
وهي البائنة مقتضى قوله انت طالق فلا يملك الثلاث ولو قال انت طالق
كيف شئت طلقت للحال تطليقة واحدة بقوله انت طالق في قول ابي حنيفة

وعند ابي يوسف ومحمد لا يقع عليها شيء ما لم تشأ والحاصل ان عند ابي حنيفة
في قوله انت طالق كيف شئت لا يتعلق اصل الطلاق بالمشيئة وتتقيد مشيئتها
بالمجلس وجد قولهما ان الكيفية من الصفة وقد علق الوصف بالمشيئة
وتعليق الوصف بالمشيئة لا يترك ما لم توجد المشيئة ولابي حنيفة ان الزوج
بقوله انت طالق كيف شئت اوقع اصل الطلاق الحال وفوض تكييف الواقع
الى مشيئتها لان الكيفية للموجود لا للمعدوم اذ المعدوم لا يحتمل الكيفية
فلا بد من وجود اصل الطلاق لتتحير هي في الكيفية ولهذا قال بعض
المحققين في تعليل المسئلة لابي حنيفة ان الزوج كيف المعدوم والمعدوم
لا يكيف فلا بد من الوجود ومن ضرورة الوجود الوقوع ثم اذا شاءت في
مجلسها فان لم يقع الزوج البينونة ولا الثلاث فشاءت واحدة بائنة او ثنتا
كان لها ذلك لان الزوج فوض الكيفية اليها فان نوى الزوج البينونة
او الثلاث فان وافقت مشيئتها نية الزوج بان قالت في مجلسها شئت
واحدة بائنة او ثنتا او ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهي واحدة بائنة
او ثلاث لان الزوج لم يكن منه نية فقالت شئت واحدة بائنة او ثنتا
وقع وكان الواقع ما شاءت فاذا وافقت مشيئتها نية الزوج اولي وان خالفت
مشيئتها نية الزوج بان قالت شئت ثلاثا او قال الزوج نويت واحدة
لا يقع عينه المشيئة شيء اخر في قول ابي حنيفة سوي تلك الواحدة
الواقعة لقوله انت طالق الا اذا قالت شئت واحدة بائنة فتصير
تلك الطلقة بائنة لما قلنا وعندهما يقع واحدة بمشيئتها بناء على ان المذهب
عند ابي حنيفة انه اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا
لا يقع ولا عندهما يقع واحدة وستذكر اصل المسئلة في موضعها ان شاء
الله تعالى ولو قالت شئت واحدة وقال الزوج نويت الثلاث لا يقع
عينه المشيئة شيء في قولهم جميعا لان المذهب عندهم اذا قال لها
طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لا يقع شيء
لما يذكر في الفصل الذي يليه الا ان عند ابي حنيفة قد وقعت طلقة

واحدة

واحدة في واحدة يملك الرجعة في قول ابي حنيفة لاعتدال القول وهي متبقى
بها وعندهما لا يقع شيء وان شاءت الخروج الامر عن يدها ولو قال لها
انت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا وان علقت بشيء موجود
حتما اذا قالت ان كان هذا او هذا او ان كان هذا ابي واخي وزوجي
وكذلك يقع الطلاق لان هذا تعليق بشرط كائن والتعليق بشرط
كائن تنجيز وان علقت بشيء غير موجود فقالت شئت ان شاء فلان
يخرج الامر من يدها حتى لا يقع شيء وان شاء فلان لانه فوض اليها التنجيز
وهي انت بالتعليق والتنجيز عقب المعلق لان التنجيز تطليق والتعليق
يمين فلم يأت بما فوض اليها ولو قال لها انت طالق ان شاء فلان يتقيد
بمجلس علم فلان فان شاء في مجلس علمه وقع الطلاق وكذلك اذا كان
غائبا وبلغه الخبر فتصرف في مجلس علمه لان هذا تمليك الطلاق فيتقيد
بالمجلس بخلاف ما اذا قال لها انت طالق ان دخل فلان الدار انه يقع
الطلاق اذا وجد الشرط في اي وقت وجد ولا يتقيد بالمجلس لان
ذلك تعليق الطلاق بالشرط والتعليق لا يتقيد بالمجلس لان معناه
ايقاع الطلاق في زمان ما بعد الشرط فيقع الوقوع على وقت وجود
الشرط في اي وقت جد فيقع والله اعلم **فصل** واما قوله
طلقي نفسك فهو تمليك عندنا سواء قيده بالمشيئة او لا فتتصر على المجلس
كقوله انت طالق ان شئت وعند الشافعي هو توكيل ولا يقتصر على
المجلس قيده بالمشيئة او لم يقيده واجمعوا على ان قوله لاجنبي طلق
امرأتي توكيل ولا يتقيد بالمجلس وهو فصل التوكيل وان قيده بالمشيئة
بان قال له طلق امرأتي توكيل ولا يتقيد بالمجلس وهو فصل التوكيل وان
قيده بالمشيئة بان قال له طلق امرأتي ان شئت فهذا تمليك عندنا خلافا
الثلاثة وعند زفر هو توكيل فوقع الخلاف في موضعين اما الكلام مع الشافعي
فوجه قوله انه لو اضاف الامر بالتطليق الى الاجنبي ولم يقيده بالمشيئة
كان توكيلا بالاجماع فكذا اذا اضافه الى المرأة ولم يقيده بالمشيئة لانه لم

يختلف الا الشخص والصيغة لا تختلف باختلاف الشخص وكذا اذا قيد
بالمشية ان التعليق بالمشية والسكوت عنه بمنزلة واحدة لانهما
تطلقه لعدمها بمشيتها واختيارها اذ هي غير مضطرة في ذلك فكان
ذكر المشية لغوا فكان ملحقا بالعدم فبقي قوله لطلاق نفسك وانه توكيل
لما ذكرنا فلا يتقيد بالمجلس كما في الاجنبي ولنا البيان ان قوله لامرأته
طلاق نفسك تمليك وجوه ثلاثة احدها ان المتصرف عن ملك هو الذي
يتصرف برأيه وتدبيره واختياره والمرأة بهذه الصفة فكانت متصرفة
عن ملك فكان تفويض التطليق اليها تمليكا بخلاف الاجنبي
لان تمة الرأي والتدبير للزوج والاختيار له فكان اضافة الامر
توكيلا لا تمليكا والثاني ان المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف
لنفسه والمتصرف عن توكيل يتصرف لغيره والمرأة عاملة لنفسها
لانها بالتطليق ترفع قيد الغير عن نفسها فكانت متصرفة عن ملك
والثالث ان قوله لامرأته لطلاق نفسك لا يمكن ان يجعل توكيلا لان الانسان
لا يصلح ان يكون وكيلا في حق نفسه فلم يمكن ان تجعل وكيلة في تطليق
نفسها ويمكن ان يجعل مالكة للطلاق تمليك الزوج فتعين حمله على
التمليك بخلاف الاجنبي لانه بالتطليق يتصرف في حق الغير والانسان
يصلح وكيلا في حق غيره واما الكلام مع زفر فوجه قوله
انه لو الحق الكلام لكان توكيلا فاذا قيده بالمشية لما مر ان التقييد فيه
والالحاق على السواء فاذا الحق طلق عن مشيته لا محالة لكونه مختارا
في التطليق غير مضطر فيه ولنا الفرق بين الملحق والمقيد وهو ان الاجنبي
في الملحق يتصرف برأي الغير وتدبيره ومشيته فكان توكيلا لا تمليكا
لا تمليكا واما في المقيد فانما يتصرف عن رأي نفسه وتدبير نفسه ومشيته
وهذا معنى المالكية وهو المتصرف عن مشيته وهذا فرق واضح بحمد الله
تعالى واما قوله التقييد بالمشية وعدمه سواء لانه متى ما الحق طلق
عن مشيته فان المشية تذكر ويراد بها اختيار الفعل وتركه وهو المعنى

الذي

الذي ينفي الغلبة والاضطرار وهو المعنى بقولنا المعاصي بمشية الله تعالى
فان الله تعالى يتولى خلق افعال العباد والله تعالى غير مغلوب ولا مضطر
في فعله وهو التخليق بل هو مختار ويذكر ويراد بها اختيار الايثار يقال
ان شئت فعلت كذا وان شئت لم افعل اي ان شئت آثرت الفعل على
الترك وان شئت آثرت الترك على الفعل وهو المعنى من قولنا المكره
ليس بمختار والمراد من المشية المذكورة ها هنا هو اختيار الايثار لا اختيار
الفعل وتركه لانا لو حملناه عليه للغا كلامه ولو حملناه على اختيار الايثار
لم يلغ صيانة لكلام العاقل عن اللغو واجب عند الامكان واختيار الايثار
في التمليك لا في التوكيل لما ذكرنا ان التوكيل يعمل عن راي الموكل وتدبيره
وانما يستفيد منه العبارة فقط فكان الايثار من الموكل لا من الوكيل واما
الملك فانما يعمل برأي نفسه وتدبيره وايثاره لا بالملك فكان التقييد
بالمشية مفيدا والاصل ان التوكيل لغة هو الانابة والتفويض هو التسليم
بالكلية لذلك سمي مشايخنا رحمهم الله الاول توكيلا والثاني تفويضا
واذا ثبت ان المقيد بالمشية تمليك والمطلق توكيل فالتمليك يقتصر
على المجلس لما ذكرنا ان الملك انما يملك بشرط الجواب في المجلس لانه انما
يملك بالخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جوابه خطابه في المجلس
ولا يملك تفهيمها عنه لما مر ثم التوكيل لا يقتصر على المجلس لان الوكيل
لا يمكنه القيام بما وكل بتحصيله في المجلس ظاهرا وغالبا لان التوكيل
في الغالب يكون بشيء لا يحصره الموكل ويفعل في حال غيبته لانه اذا
كان حاضرا يستغني بعبارة نفسه عن استعارة عبارة غيره فلو تقيد
التوكيل بالمجلس لخلا عن العاقبة الحميدة فيكون سفها وتملك نفسها
لانه وكيله فيملك عزله ولو اراد بقوله لطلق نفسك ثلاثا فقد صار الثلاث
بيدها لان معنى قوله اياها لطلق اي حصلي طلاقا والمصدر يحتمل الخصوص
والعموم لانه اسم جنس فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت
نيته ولو اراد به التفهيم لا يصح لان لفظ المصدر لفظ واحد والاثنان

عدد لا توجد فيه اصلا على ما بينا فيما تقدم وان لم تكن له نية ينصرف الى الواحد
لانه متيقن به ولان الامر المطلق بالفعل ينصرف الى ما هو المقصود
من ذلك الفعل في المتعارف الا ترى من قال لغلامه اسق هذه الارض
وكانت الارض لا تصلح للزراعة الا بثلاث مرات صار ما مور ابه وان
كانت تصلح بالسقي مرة واحدة صار ما مورا به ومن قال لغلامه اضرب
هذا الذي استحق بي ينصرف الى ضرب يقع به التاديب عادة ويحصل
به المقصود وهو الانزجار ومن اصابت ثوبه نجاسة مغلظة لجارية
اغسليه لا تصير موتمرة الا بغسل يحصل المقصود وهو ظهارة الثوب على
ان الامر في الشاهد ينصرف الى ما هو المقصود من الفعل في المتعارف
والعرف والمقصود في قوله لامراته لطلقي نفسك مختلف فقد يقصد
به الطلاق المبطل للملك وهو يقصد به الطلاق المبطل لحل المحلية سدا للباب
الدارك فاي ذلك نوى انصرف اليه ثم اذا صحت نية الطلاق الثلاث فان
طلقت نفسها ثلاثا او اثنتين او واحدة وقع لان الزوج ملكهما
الثلاث ومالك الثلاث له ان يوقع الثلاث والواحدة والثنتين كالزوج
سواء بخلاف ما اذا قال لها طالق ان شئت او اردت او رضيت او اذا شئت
او متى ما شئت او حيث شئت او اين شئت وجوده لك ولذي الثلاث
انه لا يصح لما مر ان قوله انت طالق صفة والمرة انما يثبت اقتضاء ولا
صحة للصفة بكونها طالقا ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا يثبت
في حقه ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فهي
واحدة في قولهم جميعا لان الزوج ملكهما الثلاث ومالك الثلاث اذا اوقع
واحدة يقع كالزوج وهذا لانه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة فلا عنا
بعض الثلاث وبعض المملوك يكون مملوكا ولو قال لها طلقي نفسك واحدة
فطلقت نفسها ثلاثا في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقع
واحدة وجه قولهما انها اتت بما فوض الزوج اليها وزادت على القدر
المفوض فيقع القدر المفوض ويلغو الزيادة كما لو قال لها طلقي نفسك

فقالت واحدة

واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة واحدة انه يقع واحدة ويلغو الزيادة كذا
هذا وكذا لو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي بقع واحدة رجعية و
يلغو صفة البينونة كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله وجوه من الفقه
احدها انه لو وقعت الواحدة اما ان تقع بطريق الاصالة مقصودا او
ضمنا وضرورة وقوع الثلاث لا سبيل الى الاول لانه لم يوجد ايقاع
الواحدة بطريق الاصالة لان ذلك عند قولها طلقت نفسي وسكتت
عليه ووقت وقوعها مع الثلاث عند قولها ثلاثا ولا وجه للثاني لانها لم
تملك الثلاث اذ الزوج لم يملكها الثلاث فلا تملك ايقاع الثلاث فلا يقع الثلاث
فلا تقع الواحدة ضمنا لوقوع الثلاث فتعذر العمل بالوقوع اصلا بخلاف
ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان هناك ملكها الثلاث
فملكت ايقاع الثلاث ومالك ايقاع الثلاث يملك ايقاع الواحدة لان بعض
المملوك مملوك وهاهنا بخلاف ما بينا وبخلاف ما اذا قال لطلقي نفسك وا
فقالت طلقت نفسي واحدة واحدة واحدة لان ثم اوقعت الواحدة
بطريق الاصالة لوجود لفظ الواحدة ووقت وقوعها بطريق الاصالة
فوقعت واحدة بطريق الاصالة ثم اشتغلت بغيرها وهو غير مملوك
لها حكما وبخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي لان هناك
اوقعت ما فوض اليها بطريق الاصالة لان الابانة من اغاظ الطلاق
لغة على ما يذكر الا انها زادت على القدر المفوض صفة البينونة فلغت
وبقي اصل الطلاق والثاني ان المراة بقولها طلقت نفسي ثلاثا اعرضت
عما فوض الزوج اليها فيبطل التفويض ويخرج الامر من يدها كما اذا
اشتغلت بكلام او قامت عن مجلسها ودلالة انها اعرضت عما فوض اليها
الواحدة وهي انت بالثلاث والواحدة من الثلاث ان لم تكن غير الثلاث
ولا الثلاث غير الواحدة ذاتا لان الواحدة منها والشئ لا يكون غير نفسه
لكنها غير الواحدة لفظا وحكما ووقت وقوع اما اللفظ فلان لفظ الواحدة
غير لفظ الثلاث وكذا حكمها غير حكم الثلاث واما الوقت فلان وقعت وقوع

الواحدة غير وقت وقوع الثلاث لان الواحدة تقع عند قولها طلقت نفسي
والثلاث يقع عند قولها ثلاثا لما ذكرنا فيما تقدم وان المفرد هو
الواقع على معنى انه مفرد اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق
قبل ذكر العدد ويتبين اول الكلام على اخره فصارت المرأة باشتغالها
بذكر الثلاث لفظا معرضة عن الواحدة لفظا وحكما ووقت وقوع
لصيرورتها مشتغلة بغير ما ملكت تاركة للمملوك والاشتغال بغير
المملوك دليل الاعراض عن ما ملكت والاعراض عن ما ملكت يوجب
بطلان التمليك وخروج الامر عن يدها بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك
فطلقت نفسها واحدة لان هناك ما اعرضت عن ما فوض اليها الثلا
وتفويض الثلاث تفويض الواحدة لان التفويض تمليك وتمليك
الثلاث تمليك الواحدة لانها من اجزاء الثلاث وجزء المملوك مملوك
فلم تصر باشتغالها بالواحدة مشتغلة بغير ما ملكت ولا تاركة للمملوك
فاما تمليك الجزء فلا يكون تمليك الكل فافترقا والثالث ان الزوج لم يملكها
الا الواحدة المتفرقة وما اتت بالواحدة المتفرقة فلم يات بما ملكها الزوج
فلا يقع شيء كما لو قال لها طلقي نفسك فاعتقت عبده ولا شك ان الزوج
لا يملكها الا الواحدة المتفرقة لانه نص على التوحد والتوحد ينبئ عن
التفرد في اللغة فكان المفوض اليها طلقة واحدة متفردة عن غيرها
وهي وان اتت بالواحدة فانيا بها بالثلاث فما اتت بالواحدة المتفردة
لانها اتت بثلاث مجتمعة والثلاث المجتمعة لا يوجد فيها واحدة متفردة
لما فيه من الاستحالة لتضاد بين الاجتماع والافتراق فلم يات بما فوض
اليها فلا يقع شيء بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها
واحدة لانها هناك اتت بما فوض اليها لكنها زادت على القدر المفوض
لانه فوض اليها الثلاث مطلقا عن صفة الاجتماع والافتراق الا ترى انها
لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة وقعت كما لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة
وقعت كما لو طلقت نفسها ثلاثا مجتمعة ولو كان المفوض اليها الثلاث المجتمعة

لما

لما ملكت ايقاع الثلاث المتفرقة واذا صارت الثلاث مطلقا مملوكا لها مجتمعة
كانت او متفرقة صارت كل واحدة من الثلاث مملوكة لها متفردة كانت
او مجتمعة فاذا طلقت نفسها واحدة فقد اتت بالمملوك مزوره وهو الجواب
عما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة واحدة
انه يقع واحدة لانها اتت بالمفوض اليها اصلا ووصفا فهو الفرق ولا يلزم
ما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت اثبت نفسي لان هناك ايضا اتت
بالمفوض اليها وزيادة لان الزوج فوض اليها اصل الطلاق وهي اتت
بالاصل والوصف لان الابانة من الفاظ الطلاق على ما ذكر قلنا الوصف
وهو وصف البينونة وبقي الاصل وهو صريح الطلاق فيقع واحدة
رجعية وذكر القدوري عن ابي يوسف في هذه المسئلة ان قياس قول
ابي حنيفة ان لا يقع شيء وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا اذا قال لها طلقي
نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلاثا ولو قال لها طلقي نفسك
ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها ثلاثا واحدة وثنتين لا يقع شيء
في قولهم جميعا لانه ملكها الثلاث بشرط مشيتها الثلاث واذا شاءت
ما دون الثلاث لم تملك الثلاث لوجود بعض الملك والحكم المعلق بشرط
لا يثبت عند وجود بعض الشرط ولو قال لها طلقي نفسك من ثلاث
ما شئت فلها ان تطلق نفسها ثلاثا ان شاءت وجه قولهما ان كلمة
من في مثل هذا الموضع تذكر لبيان الجنس فان من قال لغيره كل من
هذا الرغيف ما شئت كان له ان ياكل الرغيف ولابي حنيفة ان كلمة
ما كلمة وكلمة من للتبعيض حقيقة فلا بد من اعتبار المعنيين جميعا وذلك
في ان يصير المفوض اليها من الثلاث بعض له عموم وذلك اثنان فتملك
ما فوض اليها وهو الثنتان وفي مسئلة الرغيف صرفت كلمة من عن حقيقتها
الى الجنس بدلالة الحال وهو ان الاصل في الطعام هو السماح دون الشح
خصوصا في حق من قدم اليه ولو قال لها طلقي نفسك ان شئت فقالت
شئت لا يقع الطلاق ولو قال لها انت طالق ان شئت يقع لان الفصل

الاول امرها بالتطليق فما لم تطلق لا يقع ومشيئة الطلاق التطليق
لا يكون تطليقا وفي الفصل الثاني علق طلاقها بمشيتها وقد شاءت
ولو قال لها لحلقي نفسك فقالت ابنت نفسي لطلقت واحدة يملك
الرجعة وان قالت قد اخترت نفسي لم تطلق ووجه الفرق ان قولها
ابنت من الفاظ الطلاق لان الابانة قطع الوصلة والطلاق وقع القيد
لغة الا ان عمل صريح الطلاق بنيا خرس شرعا في المدخول بها الى ما بعد
انقضاء العدة فكان بين اللفظين موافقة من حيث الاصل فاذا قالت
ابنت نفسي فقد اتت بالاصل وزادت صفة البينونة فتلغو الصفة
ويبقى الاصل بخلاف قولها اخترت لان الاختيار ليس من الفاظ الطلاق
لغة بدليل انه لو قال لامرأته اخترتك او قال اخترت نفسي لا يقع
على اجابته بل يبطل الا انه جعل من الفاظ الطلاق شرعا لما النص واجماع
الصحابة رضي الله عنهم عند حر وجه جوابا للتخيير وما في معناه
وهو الامر باليد فلا يكون جوابا في غيره فتلغوا وعلى القدوري
قول ابي يوسف فقال قال ابو يوسف رحمه الله اذا قال لها
لحلقي نفسك فقالت ابنت نفسي لا يقع شيء على قياس قول ابي
حنيفة ووقع عندهما تطليقة رجعية كما قالت ابنت نفسي
بتطليقة ولم يذكر خلاف ابي حنيفة في الجامع الصغير ووجه الفرق
ان بين هذه المسئلة وبين قوله لحلقي نفسك واحدة على نحو ما بينا
ولو قال لها لحلقي نفسك تطليقة رجعية فطلقت نفسها واحدة
بائنة او قال لها لحلقي نفسك تطليقة بائنة فطلقت رجعية يقع
ما امر به الزوج لانها اتت به لانها انما تملكت تطليق بتمليك الزوج
فتملك ما ملكها الزوج وما اتت به موافق لما ملكها الزوج من حيث
الاصل لان كل واحد منهما من الفاظ الطلاق وانما يخالفه من حيث
الوصف فاذا وقع الاصل استتبع الوصف المملك فيقع ما فوضه
اليها والله الموفق للصواب **فصل** واما الرسالة فهي ان

يبعث

يبعث الزوج طلاق امرأته على يد انسان فيذهب الرسول اليها ويبلغها
الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق لان الرسول ينقل كلام المرسل
فكان كلامه كلام المرسل والله الموفق ومنها عدم الشك من الزوج
في الطلاق هو شرط الحكم بوقوع الطلاق حتى لو شك فيه لا يحكم بوقو
حتى لا يجب عليه ان يعتزل امرأته لان النكاح كان ثابتا بيقين وقع
الشك في زواله بالطلاق فلا يحكم بزواله بالشك كحياة المفقود
انما لم يكن ثابتا ووقع الشك في زوالها لا يحكم بزوالها بالشك حتى
لا يورث ماله ولا يرث هو ايضا من اقاربه والاصل في بقاء
الشك قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله صلى الله عليه وسلم
لما سئل عن الرجل يخيل اليه انه يجد الشيء في الصلاة لا ينصرف حتى
يسمع صوتا او يجد ريحا اعتبر اليقين والغى الشك ثم شك الزوج
لا يخلو اما ان وقع في اصل التطليق اطلقها ام لا واما ان وقع في
عدد الطلاق وقدره انه طلقها واحدة او اثنتين او ثلاثا او في صفة
الطلاق انه طلقها رجعية او بائنة فان وقع في اصل الطلاق لا يحكم
بوقوعه لما قلنا وان وقع في القدر يحكم بالاقل لانه متيقن به وفي الزيا
شك وان وقع في وصفه يحكم بالرجعية لانها اضعف الطلاقين
فكانت متيقنا بها **فصل** ومنها قبول المرأة في احد نوعي
الخلع وفي الطلاق على مال اذا لم يكن هناك قابل احر سواها اما
الخلع فجملة الكلام فيه ان الخلع نوعان خلع بعوض وخلع بغير عوض
اما الذي هو بغير عوض فنحو ان قال لامرأته خالعتك ولم يذكر العوض
فان نوى به الطلاق كان طلاقا والا فلا لانه من كنايات الطلاق عندنا
وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى اثنتين كانت واحدة عند اصحابنا
الثلاثة خلافا لزفر يعتبر له قوله انت بائن وكذلك على ما مر واما الثاني
فهو ان يكون مقرونا بالعوض ذكرا بان قال خالعتك على كذا وذكر عوضا
واسم الخلع يقع عليهما الا انه عند الاطلاق ينصرف الى النوع الثاني في عرف

اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية وشرعية حتى لو قال لاجنبي
اخلع امراتي فخلعها بغير عوض لم يصح وكذا لو خالعها على الف درهم
فقبلت ثم قال الزوج لم اوقع الطلاق لم يصدق في القضاء لان ذكر
العوض دلالة ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر
بخلاف ما اذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ثم قال ما اردت به الطلاق
انه يصدق اذا لم يكن هناك دلالة حال تدل على ارادة الطلاق من خصب
او ذكر الطلاق على ما ذكرنا في الكنايات لان هذا اللفظ عند ذكر عدم
العوض يستعمل في الطلاق وفي غيره فلا بد من النية ليتصرف الى الطلاق
بخلاف ما اذا ذكر العوض لانه مع ذكر العوض لا يستعمل في الفرقة والشرع
الا للطلاق ثم الكلام في هذا النوع يقع في مواضع في بيان ماهيته وفي
كيفيته وفي بيان شرط صحته وفي بيان شرط وجوب العوض وفي بيان
قدر ما يحل للزوج اخذه منها من العوض وما لا يحل وفي بيان حكمه
اما الاول فقد اختلف في ماهية الخلع قال اصحابنا رحمهم الله هو طلاق
وهو مروي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وللشافعي قولان في قول مثل
قولنا وفي قول ليس بطلاق بل هو فسخ وهو مروي عن ابن عباس
رضي الله عنهما وفائدة الاختلاف انه اذا خالع امراته ثم تزوجها يملك
الزوج عليها بطلاقين عندنا وعنده ثلاث تطليقات حتى لو طلقها بعد ذلك
تطليقتين حرمت عليه حرمة غليظة عندنا وعنده لا تحرم الا بثلاث
احتج الشافعي بقوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها
ذكر الطلاق مرتين ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح عليهما فيما افتدت
به ثم ذكر الطلاق ايضا بقوله فان طلقها فلو جعل الخلع طلاقا لازداد
عدد الطلاق على الثلاث وهذا لا يجوز ولان الفرقة بالنكاح قد
تكون بالطلاق وقد تكون بالفسخ كالفرقة بعدم الكفاءة وخيار العتاقة
والردة وابا الاسلام ولفظ الخلع دليل الفسخ وفسخ العقد رفع من
الاصل فلا يكون طلاقا ولنا ان هذه فرقة بعوض حصلت من

حجة

جهة الزوج فيكون طلاقا كما لو قال لما طلقتك على الف درهم فقبلت
وقوله الفرقة في النكاح قد تكون من طريق الفسخ مسلم لكن ضرورة
لا مقصودا اذ النكاح لا يحتمل الفسخ مقصودا عندنا لان وجوده ثبت
مع قيام المنافي للجواز وهو الحرية في الحرة وقيام ملك اليمين في الامة على
ما عرف الان الشرع اسقط اعتبار المنافي والحقه بالعدم لحاجة الناس
الى حاجتهم تندفع بالطلاق بعوض وغير عوض وبالفسخ مضرة
لا حاجة الى الفسخ مقصودا فلا يسقط اعتبار المنافي في حق الفسخ
مقصودا والانفساخ فيما ذكر من المواضع ما ثبت مقصودا بل
ضروري ولا كلام فيه ولان لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ
لانه ماخوذ من النزع والنزع اخراج الشيء من المشي في اللغة قال
الله تعالى ونزعنا ما في صدورهم من غل اي اخرجنا وقال تعالى ونزع
يده اي اخرجها من جيبه فكان معنى قوله خلعها اي اخرجها عن
ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن وفسخ النكاح رفعه من الاصل
وجعله كان لم يكن راسا فلا يحتمل فيه معنى الاخراج واثبات حكم
الشيء على وجه يدل اللفظ لغة اولى ولان فسخ العقد لا يكون الا
لعوض الذي وقع العقد كالا قاله في باب البيع والخلع ما وقع عليه
النكاح وعلى عبده جاز فلم يكن فسخا واما الاية فلا حجة له فيها
لان ذكر الخلع يرجع الى الطلاقين المذكورين الا انه ذكرهما بغير عوض
ثم ذكرهما بعوض ثم ذكر الثالثة بقوله فان طلقها فلم تلزم الزيادة على الثلاث
بل يجب حمله على هذا لئلا يلزم ما قلنا ويجوز ان يقال تغيير المشروع مما انه قد قيل
ان معنى قوله تعالى فان طلقها ثلاثا وبين حكم التطليقات الثلاث
بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلا يلزم من جعل الخلع
طلاقا شرع الطلقة الرابعة والله اعلم واما بيان كيفية هذا النوع فنقول
له كيفيتان احدهما انه طلاق بائن لانه من كنايات الطلاق واما بائن عندنا
لانه طلاق بعوض وقد ملك الزوج العوض فيقبل لما فلا بد وان تملك

هي نفسها تحقيقا للمعاوضة ولا تملك نفسها الا بالبائن فيكون طلاقا
بائنا ولا عما ايما بدلت العوض لتخلص نفسها عن حبالة الزوج ولا
تخلص الا بالبائن فيكون طلاقا بائنا ولا عما ايما بدلت العوض لتخلص
نفسها عن حبالة الزوج ولا تخلص الا بالبائن لان الزوج يراجعها
في الطلاق الرجعي فلا تخلص بل يذهب مالها بغير شيء وهذا لا
يجوز وكان الواقع بائنا والثانية انه من جانب الزوج يمين وتعليق
الطلاق بشرط وهو قبولها العوض ومن جانبها معاوضة المال وهو
وهو تمليك المال بعوض حتى لو ابتدأ الزوج الخلع فقال خالعتك
على الف درهم لا يملك الرجوع عنه ولا فسخه ولا عنى المرأة عن القبول
ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها ولا يشترط خصوص المرأة
بل يتوقف على ما وراء المجلس حتى لو كانت غائبة فبلغها فلها القبول
لكن في مجلسها لانه في جانبها معاوضة المال لما يذكر وله ان يعلقه
بشرط ويضيفه الى وقت بحيث لو قال اذا قدم زيد فقد خالعتك
على الف درهم او يقول خالعتك على الف درهم غدا او راس شهر كذا
والقبول البيع بعد قدوم زيد وبعد مجيء الوقت حتى لو قبلت
قبل ذلك لا يصح لان التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت تطلق عند
وجود الشرط والوقت فكان قبولها قبل ذلك هدرا ولو شرط الخيار
لنفسه بان قال خالعتك على الف درهم على اني بالخيار ثلاثة ايام
لم يصح الشرط وصح الخلع اذا قبلت وان كان الابتداء من المرأة بان قال
اختلعت نفسي منك بالف درهم فلها ان ترجع عنه قبل قبول الزوج
ويبطل ايجابها عن المجلس وبقيامه ايضا ولا يتوقف على ما وراء المجلس
بان كان غائبا حتى لو بلغه وقبل لم يصح ولا يتوقف بشرط الخيار
الى وقت ولو شرط الخيار لها بان قال خالعتك على الف درهم على
بالخيار ثلاثة ايام فقبلت جاز الشرط عند ابي حنيفة ويثبت لها الخيار
حتى انها لو اجازت في المدة وقع الطلاق ووجب المال وان ردت لا يقع

الطلاق ولا يلزمها المال وعند ابي يوسف ومحمد شرط الخيار باطل والطلاق
واقع والمال لازم وانما اختلف الجانبان في كيفية هذا النوع لانه طلاق
عندنا ومعلوم ان المرأة لا تملك الطلاق بل هو ملك الزوج لا ملك المرأة فما
تقع بقبول الزوج وهو قوله خالعتك فكان ذلك منه تطليقا الا انه
علقه بالشرط والطلاق يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى المرأة
ولا يحتمل الرجوع والفسخ ولا يتقيد بالمجلس ويتوقف على الغائب
عن المجلس ولا يحتمل بشرط الخيار بل يبطل الشرط ويصح الطلاق
واما في جانبها فانه معاوضة المال لانه تمليك المال بعوض وهذا معنى
معاوضة المال فيراعى فيه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه وما ذكرنا
من احكامها الا ان ابا يوسف ومحمد يقولان في مسئلة الخيار انما شرع
الى الفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ بعد الطلاق عندنا وجواب ابي حنيفة
رحمه الله عن هذا ان حمل الخيار في منع انعقاد العقد في حق الحكم
على اصل اصحابنا فلم يكن العقد منعقدا في حق الحكم للحال بل يتوقف
في علمنا في وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم ما حرف في مسائل البيوع
والله الموفق واما ركنه فهو الايجاب والقبول لانه عقد على الطلاق
بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض دون القبول حتى لو قال
الاول خالعتك واطلقها ولم يذكر العوض ونوى الطلاق
يقع الطلاق عليها سواء قبلت او لم تقبل لان ذلك طلاق بغير
عوض فلا يفتقر الى القبول وبحضرة السلطان ليست بشرط
لجواز الخلع عند عامة العلماء فيجوز عند غير السلطان وروي
عن الحسن البصري وابن سيرين انه لا يجوز الا عند السلطان
والصحيح قول العامة لما روي ان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر
رضي الله عنهم جوزوا الخلع دون السلطان ولان النكاح جائز
عند غير السلطان فكذا الخلع ثم الخلع ينعقد بلفظ بائن بالكناية
وهل ينعقد بلفظ يوجب احدهما عن المستقبل وهو الامر

والاستفهام فجملة الكلام فيه ان العقد لا يخلو اما ان يكون بلفظ الخلع او بلفظة
البيع والشراء وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون بصيغة الامر او يخلو اما ان
يكون بلفظة الخلع او بلفظة البيع بصيغة الاستفهام فان كان ذلك
بلفظة الخلع على صيغة الامر يتم اذا كان البدل مذكورا معلوما بلا خلاف بان
قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت بالف درهم لا يتم الخلع حتى يقول
الزوج خلعت والفرق ان الامر بالخلع ببدل معلوم توكيل لها والخلع
يتولى الخلع من الجانبين وان كان هذا النوع معاوضة والواحد لا يتولى
عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع لان الامتناع للتنافي في الحقوق والمتعلقة
ولا تنافي ههنا لان الحقوق في باب الخلع لا ترجع الى الوكيل ولهذا
جاز ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب النكاح وفي المسئلة
الاولى لا يمكن جعل الامر بالخلع توكيلا لجهالة البدل فلم يصح التوكيل
فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستزيدا او مستنقصا وهذا لا يجوز
وان كان بصيغة الاستفهام بان قال الزوج لها خلعت نفسك مني
بالف درهم فقالت خلعت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم
العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقبل الزوج وبعضهم فصل فقال ان نوى
به التحقيق يتم وان نوى به السوم لا يتم لان قوله خلعت نفسك مني
يحتمل السوم بالظاهر السوم لان معناه اطلب مني ان تخلي نفسك
مني فلا يصرف الى التحقيق الا بالنية فاذا نوى يصير جوابه التوكيل
والامر وان كان بلفظ البيع والشراء بان قال الزوج لها اشتري نفسك
مني فاذكر بدلا معلوما بان قال بالف درهم ونحو ذلك فقالت اشتريت
اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقبل
الزوج بعت والاول اصح لانه اذا ذكر بدلا معلوما صح الامر والتوكيل
والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع لما بينا وكذلك اذا قال لها با
لفارسية خويشتن ازمن بخر بهزار درم يا كابين وهر بيتة مدت
كواجب شود اريس طلاق فقالت بخريدم همه على ما بينا وان لم يذكر

البدل

البدل بان قال لها اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا يتم الخلع
ولا يقع الطلاق ما لم يقبل الزوج بعت وكذا اذا قال بالفارسية خويشتن
ازمن بخر فقالت خريدم ولم يقبل الزوج بعت وكما لم يتم الخلع لا يتعلق
حتى يقول الزوج فروختم فلا فرق بين هذا وبين ما اذا قال لها بلفظة
الخلع اخلعي نفسك مني ونوى الطلاق فقالت خلعت انما تتعلق
لان قوله لها اخلعي مع نية الطلاق امر لها بالطلاق بلفظ الخلع وانما
تملك الطلاق بامر الزوج وتوكيله فصح التوكيل والامر فيتولى الخلع
من الجانبين وقوله اشتري نفسك وخويشتن ازمن بخر امر بالخلع
بعوض والعوض غير مقدر فلم يصح الامر بان كان بلفظ الاستفهام
بان قال لها ابعت نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بان قال بالف
درهم او قال بمهرك ونفقة عدتك فقالت ابعت اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت وبه اخذ
الفقيه ابو الليث رحمه الله وقال ابو بكر الاسكاف يتم ويقع الطلاق
وقال بعضهم لا يتم الا اذا اراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا
في لفظ الخلع والفرق بين الاستفهام والامر على نحو ما بينا امنا با
لامر صارت وكيلة اذ الامر بالخلع توكيل به اذا كان البدل نقدا والواحد
يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع ولم يوجد الامر ههنا فلم يوجد
التوكيل فيبقى الشخص الواحد في عقد المعاوضة مستزيدا ومستنقصا
وهذا لا يجوز وان لم يذكر البدل بان قال ابعت نفسك مني فقالت
ابعت لا يتم ما لم يقل الزوج بعت لانه لا يتم في الامر فلان لا يتم في
الاستفهام اولى وسواء كان القبول منها او من اجنبي بعد ان كان
من اهل القبول لانها لو قبلت بنفسها يلزمها البدل من غير ان تملك
بمقابلته شيئا وفي هذا المعنى للمرأة والاجنبي سواء فان بذل الخلع يلزم
الاجنبي من غير ان تملك بمقابلته شيئا بخلاف ما اذا اشتري لانسان
شيئا على ان البدل عليه ان ذلك لا يجوز لان هناك الاجنبي لم يلتزم

معنى المشتري لان المشتري يملك بمقابلة البدل شيئا والاجنبي لا فلا يجوز
ايجابه على من لا يملك بمقابلته شيئا والحاصل ان الاجنبي اذا قال للزوج
اخلع امرأتك علي الف ضمنت لك الف او قال علي الف هو علي او قال
علي اني هذه او عبدي هذا او علي هذا العبد لم يصح الخلع واستحق
المال ولو قال علي الف ولم يزد عليها وقف على قبول المراة ولو خلع
البنته وهي صغيره على مال مما ذكر في الجامع الصغير انه لا يجوز ولم
يبين انه لا يجوز الخلع راسا ولا يجب البدل على الصغيره واختلف
شايخنا منهم من قال اي لا يجب عليها البدل فاما الطلاق فواقع ومنهم
من قال معناه انه لا يقع الطلاق ولا يجب المال عليها وذكر الطحاوي
في اختلاف العلماء انه غير واقع في الحال في ابتدا لانه لا يقع الطلاق //
عند اصحابنا وقيل في المسئلة روايتين والحاصل انه لا خلاف في انه
لا يجب المال عليها لان الخلع في جانبها معاوضة المال بما ليس بمال
والصغيرة تتجبر بها وتصدق الاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي
كالهبة والصدقة ونحو ذلك وانما الاختلاف في وقوع الطلاق
وجه القول الاول ان صحة الخلع لا تتوقف على وجوب العوض فان
العوض يصح على ما لا يصلح عوضا كالميتة والدم والخنزير والخمر ونحو
ذلك فلم يكن من ضرورة عدم وجوب المال على عدم وقوع الطلاق
وجه القول الثاني ان الخلع متى وقع على بدل هو مال يتعلق وقوع
الطلاق بقبول يجب به المال وقبول الابي لا يجب به المال لانه
ليس له ولاية القبول على الصغيرة لكونه ضررا بها فان خلعها
الاب على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لما ذكرنا
ان من شرط صحة الخلع في حق وقوع الطلاق ووجوب البدل
قبول ما يصلح بدلا ممن هو اهل القبول والمراة والاجنبي في هذا
سواء لانه بدل واما شرط وجوب العوض وهو المسمى في عقد الخلع
فله شرطان احدهما قبول العوض لما هو شرط وقوع الفرقة من

جانبه فهو شرط لزوم العوض من جانبها لما ذكرنا سواء كان العوض المذكور
في الخلع مهرها الذي استحقته بعقد النكاح من المسمى ومهر المثل او
بالاخر وهو المسمى بالجعل فهذا الشرط يعم العوضين جميعا والثاني
يخص الجعل لان ما يصلح عوضا في النكاح يصلح عوضا في الخلع من
طريق الاولى وليس كل ما يصلح عوضا في النكاح الخلع يصلح عوضا
في النكاح لان باب الخلع اوسع اذ هو يتحمل جهالة لا يتحملها النكاح
على ما يبكر لذلك اختص وجوب المسمى منه لم يشترطه في النكاح
لوجوب المسمى وهو يسمية مال معلوم موجود وقت الخلع معلوم
او مجهول جهالة قليلة او كثيرة اذا لم تكن متفاحشة فان وجد منها
تكره الشرط وجب الجعل والا فلا يجب وعلى يجب عليها رد ما
استحقته من المسمى او مهر المثل بعقد النكاح بيطلان ان كان المسمى
مالا متقوما يجب وان كان معدوما وقت الخلع او مجهولا جهالة
متفاحشة لجهالة الجنس وما يجري مجراها وان لم يكن المسمى مالا
متقوما فلا شيء عليها اصلا ويقع الفرقة ثم الجعل في الخلع ان
مما يصح تسميته مهرا في النكاح فحكمه حكم المهر اعني ان المسمى في
النكاح ان كان مما يجبر الزوج على تسليم عينه الى المراة بقي الخلع
تجبر المراة على تسليم عينه الى الزوج وان كان مما يتخير بين تسليم
الوسط منه وبين تسليم قيمته بقي الخلع تتخير المراة كالعبد والفرس
ونحو ذلك لان المسمى في العقدين جميعا عوض عن ملك النكاح الا
انه في احدهما عوض عنه ثبوتا وفي الاخر سقوطا فيتخير احد
العقدين بالاخر في هذا الحكم والفقيه ما يجب الوسط منه اصل
لان كونه وسطا يعرف بنا على ما مر في كتاب النكاح وبيان هذه
الشرائط في مسايل اذا خلع امرأته على مية او دم او خمر او خنزير
وقعت الفرقة ولا شيء له على المراة من الجعل ولا ينزم مهرها شيا
اما وقوع الفرقة فلان الخلع بعوض معلق بقبول المراة ما جعل

عوضا ذكرا وتسميته سواكان المسمي مما يصلح عوضا اولا لانه من باب
الزوج تعليق الطلاق بشرط القبول وقد قبلت فصار كانه صرح بتعليق
الطلاق بقبولها العوض المذكور فقبلت ولوكان كذلك لوقع الطلاق اذا
قبلت كذا هنا والمعدم وجوب شيء له علي المراة فلان الخلع طلاق قد
يكون بعوض وقد يكون بغير عوض والمتعة والدم ليست بمال في حق
احد فلا يصلح عوضا والخمر والخنزير لا قيمة لها في حق المسلمين
فلم يصلحا عوضا في حقه فلم يصح تسميته شيء من ذلك فقد رضي
بالفرقة بغير عوض وقد يكون بغير عوض كالاعتاق فاذا زاد له
ما يصلح عوضا اصلا او مال يصلح عوضا حق المسلمين فقد رضي
بالاسقاط بغير عوض فلا يستحق عليها شيأ ولان منافع البضع عند
الخروج عن ملك الزوج غير متقومة لان المنافع في الاصل ليست
باموال متقومة الا انها جعلت متقومة عند المقابلة بالمال
المتقوم فعند المقابلة بالليس بمال متقوم بقي على صله ولانها انما
اخذت حكم التقوم في باب النكاح عند الدخول بملك الزوج احتراما
لما تعطيها اللاعم لكونها سببا لحصوله فجعلت متقومة شرعا
صيانة له عن الابتذال والحاجة الي الصيانة عند الدخول في الملك
لا عند الخروج عن الملك لان الخروج يزول الابتذال فلا حاجة
الي التقوم فبقيت علي الاصل وحصل الفرق بين الخلع على هذه
الاشياء وبين النكاح عليها لان هناك يجب مهر المثل لان النكاح
لم يشرع الا بعوض لما ذكرنا في مسائل النكاح والمذكور لا يصلح
عوضا فلم تتحقق ذلك بالعدم ووجب العوض الاصلي وهو مهر المثل
فاما الخلع فالعوض فيه غير لازم بل مشروع بالعوض وبغير عوض
فلم يكن من ضرورة صحته لزوم العوض وكذا النكاح تمليك البضع
بعوض والخلع اسقاط الملك بعوض وغير عوض وكذا منافع البضع
عند الدخول اعطاها حكم التقوم شرعا لكونها وسيلة الي حصوله

الادمي

الادمي المكرم والخلع ابطال بمعني التوسل فلا يظهر معني التقوم فيه
ولو خالعها علي شيء المسارت اليهما مجهول فقالت علي بطون غنمي
او بقسمي من ولد او علي ما في صدر وعمها من لبن او علي ما في بطن جاريتي
من ولد او علي ما في نخلي او شجري من تمر فان كان هناك شيء فهو له
عندنا وقال الشافعي لا شيء له وجه قوله ان المجهول كالمعدوم والدين في الفرع
لا يصلح عوضا في الخلع لانه غير مقدور التسليم ولهذا لم يصلح عوضا
في النكاح كذا في الخلع والدليل عليه انه لا يجوز بيعه والاصل عندهما ان كل
ما لا يجوز بيعه لا يصلح عوضا في الخلع ولنا الفرق بين الخلع وبين النكاح
وهو ان باب الخلع اوسع من باب النكاح الا ترى انه لو خالعها علي عبد آبق
صحت التسمية ولو تزوجها عليه لم تصح التسمية فتصح اضافته
الي ما هو مال متقوم موجود كما تصح اضافته الي العبد الآبق بل الاولي
لان ذلك له خطر الوجود والعدم وهذا موجود وبهذا تبين ان القدرة علي
تسليم البدل بشرط في الخلع فانه جائز علي العبد الآبق والقدرة
علي تسليمه عيانا بيّنة بخلاف البيع فان القدرة علي تسليم البيع شرط
وان لم يكن هناك شيء ردت عليه ما استحقت بعقد النكاح لانها لما سمت
ما لا متقوما فقد عدته بتسمية المال المتقوم فصارت ملتزمة لتسليم
مال متقوم ضامنة له ذلك والزوج لم يرض بزوال ملكه الا بعوض هو مال
متقوم وقد تعذر عليه الوصول لعدمه ولا سبيل له الي الرجوع الي قيمة
المذكور لجهالتها ولا الي قيمة البضع لما لا قيمة للبضع عند الخروج عن
الملك لما ذكرنا فوجب الرجوع الي ما قوم البضع به علي الزوج عند الدخول
وهو ما استحقته المراة من المسمي او مهر المثل وكذلك اذا قالت علي ما في بيتي
من متاع الله ان كان هناك متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بالمهر لانها
عدته بتسمية مال متقوم فيلزمها ضمان العذور وهو رد المهر المستحق لها
كلنا ولو قال علي ما في بطن غنمي او صوفها او علي ما في نخلي او شجري ولم
تزد علي ذلك فان هناك شيء اخذه لان التسمية وقعت علي مال متقوم موجود

نصحت واستحق عليها ما في يدها قل او كثر لان كلمة ما عامة في ما لا يعلم
وان لم يكن في يدها شيء فلا شيء له لانه انما لم يكن في يدها شيء فلم يوجد
تسمية مال المتقوم لانها سمت ما في يدها شيء متقوم وقد لا يكون
فلم يوجد شرط وجوب شيء فلا يلزمها شيء ولو اختلعت الامة
من زوجها على جعل بغير اذن مولاها وقع الطلاق ولا شيء عليها من
الجعل حتى تعتق اما وقوع الطلاق فلانه تعلق على قبولها ما
جعل عوضا وقع وقد وجد واما وجوب الجعل بعد العتق فلانها
سمت مالا متقوما موجودا وهو معلوم ايجابا وهي من اهل التسمية
فصحت التسمية الا انه تعذر الوجوب للحال لحق المولى فتباع خدمتها
الى ما بعد العتاق بان كان باذن المولى لزمهن بها الجعل وتباع فيه
لانه دين ظهر في حق المولى فتباع فيه كسائر الديون وكذلك
المكاتبة اذا اختلعت من زوجها على جعل يجوز الخلع ويقع الطلاق
وتباع الجعل اذا ما بعد العتاق وان اذن المولى لان رغبتها لا تكمل
البيع فلا يحتمل تعلق الدين بها ولو خلع امرأته على رضاع ابنه
او خلع امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع وعليها
ان ترضع سنتين فان مات ابنها قبل ان ترضعه شيئا يرجع عليها
بقيمة الرضاع للمدة وان مات في بعض المدة رجع عليها بقيمة ما
بقي لان الرضاع مما يصح الاستيجار عليه قال الله تعالى فان ارضعن
لكم فاتوهن اجورهن فصح ان يجعل عوضا في الخلع وهلاك الولد
قبل الرضاع كهلاك عرض اختلعت عليه زوجها في يده فقبل التسليم
فيرجع الى قيمته ولو شرط عليها نفقة الولد في الحولين وضربه
كذلك اربع سنين فكذلك باطل فان هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا
شيء عليها لان النفقة ليس لها مقدار معلوم فكانت الجهالة
متفاحشة فلا يلزمها شيء ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا ولو اختلعت
في مدة منها فهو من الثلث لانها متبرعة في قبول البدل فيعتبر من الثلث

فان

فان ماتت في العدة قبله الاقل من ذلك ومن ميراثه منها ولو خالعها على حكمه
او حكمها او حكم اجنبي فعليها المهر الذي استحقته بعد النكاح لان الخلع
على الحكم بتسمية مال متقوم الا انه لا سبيل الى استحقاق ما يقع به الحكم
لكونه مجهولا جهالة فاحشة كجهالة الجنس فيرجع الى ما استحقته من
المهر ثم ينظر ان كان الحكم الى الزوج فان حكم بمقدار المهر يجبر المرأة على
تسليم ذلك لانه حكم بالقدر المستحق وكذلك ان حكم بأقل من مقدار المهر
يجبر المرأة على تسليم ذلك لانه حكم بالقدر المستحق وكذلك ان حكم بأقل
من مقدار المهر لانه حط بعضه وهو يملك حط بعضه لانه يملك حط الكل
فالبعض اولى وان حكم بأكثر من المهر لم يلزمها الزيادة لانه حكم بما
بأكثر من القدر المستحق فلا يصح الا برضاها وان كان الحكم الى المرأة فان حكمت
بقدر المهر جاز ذلك لانها حكمت بالقدر المستحق وكذلك ان حكمت بما
كثر من قدر المهر لانها حكمت على نفسها وهي تملك بذل الزيادة وان حكمت
بأقل من المهر لم يجز الا برضى الزوج لانها حطت بعض ما عليها وان كان
الحكم الى الاجنبي فان حكم بقدر المهر جاز وان حكم بزيادة او نقصان
لم تجز الزيادة الا برضى المرأة والنقصان الا برضى الزوج لان في الزيادة
ابطال حق المرأة وفي النقصان ابطال حق الزوج فلا يجوز من غير رضى
صاحب الحق ولو اختلفا في جنس ما وقع عليه الطلاق او نوعه او قدره
فالقول قول المرأة وعلى الزوج البينة لان قبول البدل الى المرأة فالزوج
يدعي عليها شيئا وهي تنكر فكان القول قولها ولو قال لها طلقتك
امس على الف درهم او بالف درهم فلم تقبلي فقالت لا بل كنت قبلت
فالقول قول الزوج وفرق بين هذا وبينما اذا قال لانسان بعتك هذا
العبد امس بالف درهم فلم تقبل فقال لا بل قبلت ان القول قول المشتري
ووجه الفرق ان الزوج في مسئلة الطلاق لم يصر مناقضا في قوله فلم يقبلي
لان قول الرجل لامرأته طلقتك على الف يسمى طلاقا على الف قبلت المرأة او
لم تقبل فلم يكن الزوج في قوله فلم تقبلي مناقضا بخلاف البيع لان الايجاب

بدون القبول لا يسمى بيعا فكان الايجاب اقرارا بالقبول
فصار البايع مناقضا في قوله فلم تقبلي ولان المراة في باب الطلاق
تدعي وقوع الطلاق لانها تدعي وجود شرط الوقوع والزوج ينكر
الوقوع لانكاره شرط الوقوع فكان القول قول المنكر والله الموفق

قدم واما بيان ما يحل للزوج من اخذ العوض وما يحل فجملة الكلام فيه
ان النشوز اما ان كان من قبل الزوج واما ان كان من المراة فان كان
من قبل الزوج فلا يحل له اخذ شيء من العوض على الخلع لقوله
تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا
فلا تاخذوا منه شيئا نهى عن اخذ شيء مما اتاها من المهر وكذا النهي
بقوله اتاخذونه بهتانا وقوله ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما
آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة اي ان لا ينشزن نهى
الازواج عن اخذ شيء مما اعطوهن واستثنى حال نشوزهن وحكم
المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فيقتضي حرمة اخذ شيء مما
اعطوهن عند عدم النشوز سواء وان كان النشوز من قبلها فلا باس
بان ياخذ منها قدر المهر بقوله تعالى الا ان يأتين بفاحشة مبينة
اي الا ان ينشزن والاستثناء من النهي اباحه من حيث الظاهر وقوله
فلا جناح عليهما فيما افتدت به قيل اي لا جناح على الزوج في الاخذ
وعلى المراة في الاعطاء اما الزيادة على قدر المهر ففيها روايتان
ذكر في كتاب الطلاق انها مكروهة وهكذا روي عن علي رضي الله
عنه انه كره للزوج ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وهو قول الحسن
البصري وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وطاوس وذكر
في الجامع الصغير انها غير مكروهة وهو قول عثمان النهدي وبه اخذ
الشافعي وجه هذه الرواية ظاهر قوله تعالى فلا جناح عليهما
فيما افتدت به رفع الجناح عنهما في الاخذ والاعطاء من الفداء من غير فصل
بين ما اذا كان مهر المثل او زيادة عليه فيجب العمل باطلاقه ولانها

اعلمت مال نفسها بطيبة من نفسها وقد قال الله تعالى فان طبن لكم عن شيء
منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا بخلاف ما اذا كان النشوز من قبله لان
النشوز اذا كان من قبل الزوج كانت هي مجبورة في دفع المال لان
الظاهر انها مع رغبتها في الزوج لا تعطي الا اذا كانت مضطرة
من جهته باسباب او معتزة بانواع التعزيز والتزوير فكره الاخذ
وجه رواية الاصل قوله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله الى قوله فلا جناح عليهما
فيما افتدت به نهى عن اخذ شيء مما آتاها من المهر والمشتق
الفقد والذي اعطاها من المهر عند خوف ما ترك اقامة حدود الله
على ما يذكر والنهي عن اخذ شيء من المهر نهي عن اخذ الزيادة
على المهر من طريق الاولى كالنهي عن التافيف انه يكون نهيا عن
الضرب الذي هو فوقه بطريق الاولى وروي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لامراة ثابت بن قيس بن شماس اتردين عليه حديقته
فقالت نعم وزيادة قال اما الزيادة فلا نهى عن الزيادة مع كون
النشوز من قبلها وبه تبين ان المراد من قوله فيما افتدت به قدر المهر
لان الزيادة عليه وان كان ظاهرها عاما عرفنا ذلك ببيان النبي صلى
الله عليه وسلم الذي هو وحي غير متلو والدليل عليه ايضا قوله تعالى
في صدر الاية ولا يحل لكم ان تاخذوا مما آتيتموهن شيئا ذكر في اول الاية
اباها فكان المذكور في اخرها وهو قوله فيما افتدت به مردودا الى اولها
فكان المراد من قوله فيما افتدت به اي مما اتاها ونحن به نقول
انه يحل له قدر ما اتاها واما قوله انها اعطيته مال نفسها بطيبة
من نفسها فيعم لكن ذلك دليل الجواز وبه نقول ان الزيادة جائزة
في الحكم والقضا لان الخلع من جانبها معاوضة مال عن الطلاق واسقاط
ما عليها من الملك ودفع المال عوضا عما ليس بمال جائز في الحكم اذا كان
ذلك مما يرغب فيه الا ترى انه جاز العفو على قليل المال وكثيره واخذ المال

بدلا عن استباحة الملك والرق فكذلك الصلح عن دم العمد وكذا النكاح لما جاز على اكثر من مهر مثلها لانه بدل من سلامة البضع في الحالين جميعا الا انه نهي عن الزيادة على قدر المهر لا لمعنى في نفس العقد بل لمعنى في غيره وهو شبهة الربوا والاضرار بها ولا يوجد ذلك في قدر المهل فحاله اخف قدر المهر والله اعلم فصل واما حكم الخلع فنقول وبالله التوفيق يتعلق بالخلع احكام بعضها يعم كل طلاق بائن وبعضها يخص الخلع اما الذي يعم كل طلاق بائن مذكور في بيان حكم الطلاق ان شاء الله تعالى واما الذي يخص الخلع فالخلع لا يخلو اما ان كان بغير بدل واما ان كان ببدل فان كان بغير بدل بان قال خالعتك ونوى الطلاق فحكمه ان يقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر وان كان ببدل فان كان البدل هو المهر بان خالعها على المهر فحكمه ان كان غير مقبوض انه يسقط المهر عن الزوج وتسقط عنه النفقة الماضية وان كان مقبوضا فعليها ان ترده على الزوج وان كان البدل مالا آخر سوى المهر فحكمه سقوط كل حكم وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية ووجوب البدل حتى لو خلعها على عبد او على مائة درهم ولم يذكر شيئا آخر فلذلك ثم ان كان لم يطلها المهد برئ ولم يكن لها عليه شيء سواء كان لم يدخل بها او كان قد دخل بها وان كان قد اعطاها المهر لم يرجع عليها بشيء سواء كان بعد الدخول بها او قبل الدخول بها وكذلك اذا ابراها على عبد او على مائة درهم فهو مثل الخلع في جميع ما وصفنا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف في المبارأة مثل قول ابي حنيفة وقال في الخلع انه لا يسقط به الا ما سميا وقال محمد لا يسقط في الخلع والمبارأة جميعا الا ما سميا حتى انه لو خلعها على مائة درهم ومهرها الف درهم فان كان غير المقبوض فانها لا ترجع عليه بشيء سواء كان الزوج لم يدخل بها او كان قد دخل بها في قول ابي حنيفة وله عليها مائة درهم وعندهما ان كان قبل الدخول بها فلها ان ترجع عليه بنصف المهر وذلك خمسة ومائة وله

عليها

عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصا فترجع عليها بمائة وان كان بعد الدخول فلها ان ترجع بكل المهر الا قدر المائة فترجع عليه بتسع مائة وان كان المهر مقبوضا فله عليها المائة لا غير وليس له ان يرجع عليها بشيء من المهر سواء كان قبل الدخول بها او بعده فذلك في قول ابي حنيفة وعندهما ان كان قبل الدخول يرجع الى الزوج عليها بنصف المهر وان كان بعده لا يرجع عليها بشيء وهذا الجواب في المبارأة عند محمد والحاصل ان ها هنا ثلاث مسائل الخلع والمبارأة والطلاق على مال ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال انه لا يبرأ به من سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح ولا خلاف ايضا في سائر الديون التي وجبت لا بسبب النكاح الا انما لا تسقط بهذه التصرفات وانما الخلاف بينهم في الخلع والمبارأة والفقه جوابه ابي حنيفة والى يوسف في المبارأة واختلف جوابهما في الخلع الفقه جواب ابي يوسف ومحمد في الخلع واختلف في المبارأة فابو يوسف مع ابي حنيفة في المبارأة ومع محمد في الخلع وجه قول محمد ان الخلع طلاق لغرض فاشبه الطلاق على مال والجامع بينهما ان حق الانسان لا يسقط من غير اسقاطه ولم يوجد في الموضعين الا سقاط ما سميا فلا يسقط ما لم يجز به التسمية ولهذا لم يسقط سائر الديون التي لم تجب بسبب النكاح وكذا لا تسقط نفقة العدة الا بالتسمية وان كانت من احكام النكاح كذا هذا وجه قول ابي يوسف وهو الفرق بين الخلع والمبارأة ان المبارأة صريح في ايجاب البراءة لانها اسقاط البراءة نصا فيقتضي ثبوت البراءة مطلقا فيظهر في جميع الحقوق الثابتة بينهما بسبب النكاح فاما الخلع فليس نصا في ايجاب البراءة لانه ليس في لفظه ما ينبئ عن البراءة وانما تثبت البراءة بمقتضاه والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتا من جميع الوجوه فتثبت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لاغير ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع في معنى المبارأة لان المبارأة مفاعلة

من البراءة والابراء اسقاط فكان اسقاطا من كل واحد منهما الروجين
المتعلق بالعقد المتنازع فيه كالمتخاصمين في الديون
اذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا فيه كذا بالمبارأة
والخلع ماخوذ من الخلع وهو النزع والنزع اخراج الشيء من الشيء
فمعنى قولنا خلعها اي اخرجها من النكاح وذلك باخراجها من
احكام المتعلقة بالنكاح وذلك انما يكون بسقوط الاحكام
الثابتة بالنكاح وهو لمعنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة والعبرة في
العقود للمعاني لا للالفاظ وقد حرج الجواب عما ذكره ابو يوسف واما
قول محمد انه لم يوجد منهما اسقاط غير المسمى فيقول ان لم يوجد
نصا فقد وجد دلالة لما ذكرنا ان لفظ الخلع دليل عليه ولان قصدهما
من الخلع وقع المنازعة وازالة الخلف بينهما والمنازعة والخلف انما
وقع في حقوق النكاح ولا يندفع المنازعة والخلف الا باسقاط حقوقه
فكان ذلك تسمية منهما بسائر الحقوق المتعلقة بالنكاح ولانه
بخلاف سائر الديون لانه لا تعلق لها بالنكاح ولم تقع المنازعة فيها ولا
في سببها فلا ينصرف الاسقاط اليها وبخلاف الطلاق على مال لانه لا بدل
على اسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لانها ولاية واما نفقة العدة
فلانها لما لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور اسقاطها بالخلع بخلاف
النفقة الماضية لانها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي او بالتراضي
فكان الخلع اسقاطا بعد الوجوب فصح ولو خلعها على نفقة العدة
صح ولا تجب النفقة ولو ابرات الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح
لا يصح الابراء وتجب النفقة لان النفقة في النكاح تجب شيئا فشيئا
على حسب حدوث الزمان يوما فيوما فكان الابراء عنها ابراء قبل
الوجوب فلم يصح واما نفقة العدة فانما تجب عند الخلع فكان الخلع
على النفقة مانعا من وجوبها ولا يصح الخلع على السكنى والابراء عنه
لان السكنى تجب حقا لله تعالى قال الله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن

ولا

ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة فلا على العبد اسقاطه والله ١٦٨
اعلم فصل واما الطلاق على مال فهو في احكامه كالخلع لان كل واحد ت
منهما طلاق بعوض فيقتضي في احدهما ما يقتضي في الاخر الا انهما يختلفان
من وجه وهو ان العوض اذا بطل في الخلع بان وقع الخلع على ما ليس
بمال متقوم يبقى الطلاق بائنا ويرد الطلاق على مال اذا بطل العوض
بان سمى ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعيا لان الخلع كناية //
والكناية مع النية عندنا واما الطلاق فصريح وانما تشبه البينونة
بتسمية العوض اذا صحت التسمية فاذا لم تصح لم تتحقق بالعدم //
يبقى صريح الطلاق فيكون رجعيا ولو قال لها انت طالق بالف درهم
فقبلت طلقت وعليها الالف لان حرف الباء حرف الصلة فيقتضي العلة ق
البدل بالمبدل وكذلك لو قال انت طالق على الف درهم لان على كلمة
شرط يقال ازرتك على ان تزورني وكذا اذا قال لامراته انت طالق
على ان تدخلي الدار كان دخول الدار شرطا كما لو قال ان دخلت الدار
وهي كلمة الزام ايجابا فكان هذا ايقاع الطلاق بشرط ان تعطيه الالف
عقيب وقوع الطلاق ويلزمها الالف فيقع الطلاق بقبولها ويجب
عليها الالف ولو قال انت طالق وعليك الف درهم طلقت المراة ولم
يلزمها شيء من الالف سواء قبلت او لم تقبل في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد اذا قبلت طلقت بائنة وعليها الالف وعلى هذا الخلاف
اذا قالت المراة لزوجها طلقني ولك الف درهم ابو يقع طلقة رجعية
ولا يلزمها البدل في قول ابي حنيفة وعندهما يقع الطلاق وعليها
وعلى هذا الخلاف اذا قال لعبده انت حر وعليك الف درهم انه يعتق
سواء قبل او لم يقبل في قول ابي حنيفة وعندهما اذا قبل يعتق وعليه
الالف وجه قولهما ان هذا الواو واو حال فيقتضي ان وجوب الالف
حاله لوقوع الطلاق والعتاق ولان هذه اللفظة تستعمل في الابدال
فان من قال لاخر حول الشيء الي مكان كذا ولك درهم فحمله يستحق الاجر

كما لو قال له اعط بدرهم ولابي حنيفة ان لكل واحد من الكلامين تمام بنفسه
اما بقوله انت طالق وقوله وعليك الف درهم لان لكل واحد منهما
مبتدا وخبرا فلا يجعل الثاني متصلا بالاول الا لضرورة ولا ضرورة
في الطلاق والعتاق لان الغالب وجودهما بغير عوض فلا يجعل الثاني
متصلا بالاول من غير ضرورة واما قولهما الواو واو الحال فممنوع بل
واو عطف في الاخبار معناه اخبرك انك طالق واخبرك ان عليك الف
درهم ولو قالت المراة لزوجها طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها ثلاثا
بقي ثلاث تطليقات بالف وهذا مما لا اشكال فيه ولو طلقها واحدة وقفت
واحدة رجعية بغير شيء في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
واحدة بائنة بثلاث الالف ولو قالت طلقني ثلاثا بالف درهم فطلقها
ثلاثا يقع ثلاثا بالف درهم لا شك فيه ولو طلقها واحدة وقفت واحدة
بائنة بثلث الالف في قولهم جميعا ووجه قولهما ان كلمة على في المعاملات
وحرف الباء سواء يقال بعت منك بالف وبعتك منك على الف ويفهم من
كل واحد منهما كون الالف بدلا وكذا قول الرجل لغيره اعط هذا
الشيء الذي ببيتي على درهم وقوله بدرهم سواء حتى يستحق البدل
جميعا فيهما والاصل ان اجزاء البدل تقسم على اجزاء المبدل اذا كان
مقدرا في نفسه فتقسم الالف على الثلاث فتقع واحدة بثلث
الالف كما لو ذكرت بحرف الباء وكانت بائنة لانها طلاق بعوض ولابي
حنيفة ان كلمة على كلمة شرط فكان وجود الطلقات الثلاث شرطا
لوجوب الالف فكانت الطلقة الواحدة بعض الشرط والحكم لا يثبت
بوجود بعض الشرط فما لم يطلقها ثلاثا لا يستحق شيئا من الالف
بخلاف حرف الباء فانه حرف مبادلة فيقتضي انقسام البدل على المبدل
فينقسم الالف على التطليقات الثلاث فكان مقابلة كل واحدة ثلث
الالف ولا يشكل هذا القدر مما اذا قال لطلاق نفسك ثلاثا بالف فطلقت
نفسها واحدة انه لا يقع شيء لان الزوج لم يرض بالبينونة الا بكل

الالف فلا يجوز وقوع البينونة ببعضها واذا امرته بالطلاق فقالت
لطلقني ثلاثا بالف درهم فقد سالت الزوج ان يبيعها الف وقد
اجابها بأقل من ذلك فقد زادها خيرا والاشكال انما سالته الا بائنة
الغليظة بالف ولم يات بما يرادي بالحقيقة ولعل لها عوضا في الغليظة
والجواب ان غرضها في استقبال ما لها مع حصول البينونة التي وقع
لها الطلاق اشد واما قولهما ان كلمة على تستعمل في الابدال فنعم لكن
مجازا لا حقيقة ولا يترك الحقيقة الا لضرورة وفي البيع ونحوه ضرورة
ولا ضرورة في الطلاق على ما بينا على ان اعتبار الشرط يمنع الوجوب لما بينا
واعتبار البدل يوجب فيقع الشك في الوجوب فلا يجب مع الشك
ولو قالت امراتان له طلقنا بالف درهم او على الف درهم فطلقهما
يقع الطلاق عليهما بالالف وهذا لا يشكل ولو طلق احداهما وقع الطلاق
عليهما بحصتهما من الالف بالاجماع والفرق لابي حنيفة بين هذه
المسالة وبين مسالة الخلاف انه لا عرض لكل واحدة من المراتين في
طلاق الاخرى فلم يتغير معنى الشرط للمراة غرض في اجتماع تطليقها
ولو قالت لطلقني واحدة بالف فقال انت طالق ثلاثا وقع ثلاثا
بغير شيء في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقع ثلاث تطليقات
واحدة منها بالف وهذه مسالة اصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان
اصل ابي حنيفة ان الثلاث لا تصلح جوابا للواحدة واذا قال ثلاثا
فقد عدل عما سالته فصار مبتديا بالطلاق فيقع الثلاث بغير شيء
ومن اصلهما ان في الثلاث ما يصلح جوابا للواحدة فاذا قال ثلاثا فقد
عدل عما سالته فصار مبتديا بالطلاق فيقع الثلاث بغير شيء ومن
اصلهما ان في الثلاث ما يصلح جوابا للواحدة لان الواحدة توجد في الثلاث
فقد اتى بما سالته وزيادة فيلزمها الالف كانه قال انت طالق واحدة
واحدة ولو قالت فطلقني واحدة بالف فقال انت طالق ثلاثا بالف وقف

على قبولها عند ابي حنيفة ان قبلت جاز والا بطل لانه عدل حماسالته فصار مبتدا بالطلاق فيتوقف على قبولها وعند ابي يوسف ومحمد يقع الثلاث واحدة سمتها بالف كما لو سالت واثنتان بغير شيء وحكى الجصاص عن الكرخي انه قال رجع ابو يوسف في هذه المسئلة الى قول ابي حنيفة وذكر ابو يوسف في الامالي ان الثلاث يقع واحدة منها ثبت الالف والاثنتان تتوقفان على قبول المراة قال القدوري وهذا صحيح على اصلهما لانها جعلت في مقابلة الواحدة الخ والله اعلم

فصل واما الذي يرجع الى الوقت فهو مضي مدة الايلاء هو شرط وقوع الطلاق بالايلاء حتى لا يقع الطلاق قبل مضي المدة لان الايلاء حث احد الحكمين وهو البر طلاق معلق بشرط ترك الفيء في المدة لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم روي عن ابن عباس وغيره من الصحابة رضي الله عنهم ان عزم الطلاق وترك الفيء اربعة اشهر فقد جعل ترك الفيء اربعة اشهر شرط وقوع الطلاق في الايلاء والكلام في الايلاء يقع في مواضع في تفسير الايلاء لغة وشرعا وفي بيان ركن الايلاء وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكم الايلاء وفي بيان ما يبطل به الايلاء اما تفسيره فالايلاء في اللغة عن اليمين يقال الا اي حلف ولهذا سميت اليمين اليه وجمعها الالاء وقال الشاعر

لا ايلاء ما حافظ ليمينه ... وان صدرت منه الاليه يرث

وفي حرف عبد الله بن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم الذين يقسمون من نسائهم والقسم واليمين من الاسماء المترادفة وقال الله تعالى ولا ياتل اولوا الفضل منكم اي لا يحلف وفي الشرع عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرايط مخصوصة يذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى واما ركنه فهو اللفظ الدال على منع الجماع في الفرج موكدا باليمين بالله تعالى او بصفاته او باليمين بالشرط والجزاء حتى لو امتنع من جماعها وهجرها سنة او اكثر من ذلك لم يكن موليا ما لم يات بلفظ يدل عليه لان الايلاء يمين لما ذكرنا واليمين تصرف

قوله

قوله فلا بد من القول ولو اتى بلفظ يدل على القول سوى الجماع فيما دون الفرج لم يكن ذلك ايلاء في حق حكم البوائن لعدم ورود الشرع بترك الجماع في الفرج لان حقها فيه ولو ذكر لفظا يدل على منع نفسه عن الجماع في الفرج ولم يؤكده باليمين لم يكن ايلاء لان الظلم بالمنع والمنع لا يتاكد الا باليمين وقال الشافعي في القديم لا يكون موليا الا بالحلف بالله تعالى وظاهر الاية يدفع هذا القول لان الله تعالى قال للذين يولون والايلاء في اللغة عبارة عن اليمين واسم اليمين يقع على اليمين بالله تعالى ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحققة معنى اليمين وهو اللغة ولو حلف بغير الله تعالى وبغير الشرط والجزاء لا يكون موليا حتى لا يتبين بمضي المدة من غير فيء ولا كفارة عليه ان قربها لانه ليس بيمين لانعدام معنى اليمين وهو القوة وقال صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بابائكم ولا بامهاتكم ومن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر رواه من حلف بغير الله فقد اشرك اما الالفاظ الدالة على منع النفس عن الجماع فانواع بعضها صريح وبعضها جاري مجرى الصريح وبعضها كناية اما الصريح فلفظة المجامعة بان حلف ان لا يجامعها واما الذي جاري مجرى الصريح فلفظة القربان والوطي والمباضعة والاتيان في البكر بان حلف ان لا يقربها ولا يطاها ولا يباضعها ولا ياتيها وهي بكر لان القربان المضاف الى المراة يراد به الجماع في العرف قال الله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وكذا الوطي المضاف اليها غلب استعماله في الجماع قال النبي صلى الله عليه وسلم في سبي اوطاس الا لا توطا الحبالى لا يحملن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة والمباضعة مفاعلة من البضع وهو الجماع في الفرج والاقتضاض في العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة ماخوذ من النقض وهو الكسر وكذا اذا حلف لا يغتسل منها لان الاغتسال منها لا يكون الا بالجماع فاما الجماع في غير الفرج والاغتسال لا يكون منها وانما يكون من الانزال الا ترى انه لو لم

يترك لاجب الاغتسال وفي الجماع في الفرج لايمين وجوب الاغتسال
على وجود الانزال ولو قال لم اعن به الجماع لابد بين في القضا
لكونه خلاف الظاهر وبين فيما بينه وبين الله تعالى لان اللفظ
يحتمله في الجملة واما الكنايه فتخص لفظة الابيان والاصابه بان
حلف لاينشاها لان التثنيان يستعمل في الجماع قال الله تعالى فلما
ينشاها اي جامعها ويستعمل في المجيء وفي الستر والتغطيه
قال الله تعالى يوم ينشاهم العذاب قيل يأتيهم وقيل يستترهم
وينيلهم فلابد من النيته وكذا اذا حلف لامس جلده جلدها وقال
لم اعن به الجماع يصدق لانه يحتمل الجماع ويحتمل المس المطلق
فيحنث بغير الجماع والايلا ما وقف الحنث فيه على الجماع ولانه يمكنه
جماعها بغير مماسة الجلد بان يلف ذكره بخرقة فيجامعها وكذا اذا
حلف لايمسها لما قلنا وكذا اذا حلف لايضاجعها اولا يقرب فراشها
وقال لم اعن به الجماع يصدق لانه يحتمل الجماع ويحتمل المس المطلق
فيحنث بغير الجماع والايلا ما وقف الحنث فيه على الجماع ولانه يمكنه
جماعها بغير مماسة الجلد بان يلف ذكره بخرقة فيجامعها وكذا اذا
حلف لايمسها لما قلنا وكذا اذا حلف ان لا يضاجعها اولا يقرب فراشها
وقال لم اعن به الجماع فهو مصدق في القضا لان هذا اللفظ يستعمل
في الجماع ويستعمل في غيره استعمالا واحدا ولانه يمكنه جماعها من غير
مضاجعة ولا قرب فراش ولو حلف لا يجتمع راسي وراسك فان
عنى به الجماع فهو مولي لانه يحتمل الجماع وان لم ينو به الجماع لم
يكن مولياً ولا يجتمعان على فراش ولا مرفقه ليلا يلزمه الكفارة وله
جماعها من غير اجتماع على الفراش ولا شيء يجمع راسيهما عليه ولا حلف
لا اجتمع راسي وراسك وسادة اولا بوتي وبيتك بيت اولا ابيت معك
في فراش فان عنى به الجماع فهو مولي لانه يحتمل الجماع فتصح نيته فيكون
ما جامعها فهو حانث ولو لم ينو به الجماع فليس بمولي ولا يأوي معها في بيت

ولا

ولا ينسب معها على فراش ولا يجتمعان على وسادة ليلا تلزمه الكفارة وبالنهار
على الارض والبواري ولو حلف لاسونك اولا غيظنك لا يكون موليا الا
اذا عنى به من ترك الجماع لان المساءة قد تكون بترك الجماع وقد تكون بغيره
وكذا الغيظ فلا بد من النية واما اليمين بالله تعالى وبصفاتها فهي نوعان
باسم من اسماء الله تعالى او بصفة من صفاته فاللفظ لا يستعمل في غير
الصفة او يستعمل في الصفة وفي غيرها لكن على وجه لا يغلب استعماله
في غير الصفة وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الايمان ثم الايلا الامكان
بالله تعالى اما ان اطلق الايلا واما ان علقه بشرط واما ان اضافه الى وقت
واما ان وقته الى غاية فان اطلق بان قال لامراته والله لا اقربك كان موليا
الحال والاصل فيه ان من منع نفسه من قربان زوجته بما يصلح ان يكون
مانعا وبما حلف به عادة يصير موليا او قال من لا يمكنه قربان زوجته
في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين فهو موليا وقد وجدها هنا لان
ذكر اسم الله تعالى يصلح مانعا تحرزا عن الممتنع وهو ما يحلف به
عرفا وعادة وكذا لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه وهو
الكفارة فيصير موليا وكذا اذا قال لامراتين والله لا اقربكما وهما ثلثة
فصول احدها ان يقول لامراتيه والله لا اقربكما ويقول لنسايه الاربع
والله لا اقربكن وهما فصل واحد والثاني ان يقول والله لا اقرب احدكما
او احدا كن والثالث ان يقول والله لا اقرب واحدة منكما او واحدة منكن
اما الاول اذا قال لامراتين له والله لا اقربكما صار موليا منهما للحال
حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربهما فيهما بائنا جميعا وكذا اذا قال
لنسايه الاربع والله لا اقربكن صار موليا منهن للحال حتى لو مضت
اربعة اشهر ولم يقربهن فيهما بائنا جميعا لم يقربهن حتى مضت اربعة
اشهر بين جميعا وهذا قول اصحابنا الثلثة وهو استحسان والقياس
ان لا يصير موليا في الاول حتى يطا احدة منهما فيصير موليا من الاخرى
وفي الثاني ما لم يطا الثلاث منهن فيصير موليا من الرابعة وهو قول زفر

وجه القياس ان المولي من لا يمكنه قربان من غير حنث يلزمه وهاهنا
يمكنه في الصورة الاولي قربان احدهما من غير حنث يلزمه لانه لا يحنث
بوطي احدهما اذ جعل شرط الحنث قربانهما ولم يوجد وفي الصورة الثانية
يمكنه قربان الثلاث منهن من غير حنث يلزمه لانه لا يحنث بوطي احدهما
اذ جعل الحنث قربانهما ولم يوجد وفي الصورة الثالثة يمكنه قربان
الثلاث منهن من غير حنث يلزمه الا تري انه لا يحنث بوطي الثلاث
منهن فلم يوجد حد المولي فلا يكون موليا واذا وطي احدهما او
وطي الثلاث منهما فلا يمكنه وطي الثانية الا بحنث يلزمه فوجد حد
الايلا فيصير موليا وجه الاستحسان ان المولي من لا يمكنه وطي امراته
في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين وهاهنا لا يمكنه وطيهما في المدة
من غير شيء يلزمه بسبب اليمين وهاهنا لا يمكنه وطيهما في المدة
لانه لو وطي احدهما او الثلاث منهن لزمه تعيين المكفر الاجزي
للايلا وهذا شيء يلزمه بسبب اليمين فقد وجد حد الايلا فيكون
موليا ولو قرب احدهما لا كفارة عليه لعدم شرط الحنث وهو قربانهما
ولكن يبطل ايلاوه منهما لان ذلك ثبت علي القربان وقد وجد والايلا
في حق الباقية علي حاله لانعدام المبطل في حقها وهو القربان
ولو قربهما جميعا بطل ايلاوه عليه كفارة اليمين لوجود المبطل
لهما والموجب للكفارة وهو قربانهما ولو ماتت احدهما قبل مضي اربعة
اشهر بطل ايلاوها ولا تجب الكفارة وان قرب الاخري بعد ذلك هو
لاجماع لان شرط وجوب الكفارة قربانهما ولم يوجد ولو طلق احدهما
لا يبطل الايلا واما الثاني وهو ما اذا قال والله لا اقرب احدكما فانه
يصير موليا من احدهما حتي لو قرب احدهما لزمه الكفارة ويبطل الايلا
لوجود شرط الحنث وهو قربان احدهما ولو ماتت احداهما او طلق احديهما
ثلاثا او بانت بلا عدة تعينت الباقية للايلا لزوال المزاحمة ولو لم
يقرب احديهما حتي مضت المدة بانت احداهما بغير عينها وله خيار

ان

ان يوقع الطلاق علي ايتهما شاء لان الايلاء حق حكم البر تعليق الطلاق
شرعا بشرط ترك القربان في المدة فيصير كانه قال ان لم اقرب
احدكما اربعة اشهر فاحديكما طالق بائن ولو نص علي ذلك فمضت
المدة ولم يقرب احديهما لطلقت احديهما غير عين وله الخيار يوقع
علي ايتهما شاء كذا هذا ولو اراد ان يمين الايلاء احديهما قبل مضي
اربعة اشهر لا يملك حتي لو مين احديهما ثم مضت اربعة اشهر لا يملك
حتي لو مين احديهما ثم مضي اربعة اشهر لم يقع الطلاق علي المعينة
بل يقع علي احديهما بغير عينها ويخير في ذلك لان اليمين تعلقت
بغير المعينة فالتعيين يكون تغيير اليمين فلا يملك ذلك لان تغيير
اليمين ابطالها من وجه واليمين عقد لازم لا يحتمل الحلال ولا
يحتمل التغيير ولان الايلاء حق البر تعليق الطلاق بشرط عدم القربان
في المدة ومن علق الطلاق المبهم ثم اراد تعيين المعلق قبل وجود
الشرط لا يقدر علي ذلك كما اذا قال لامراتيه اذا جاء غد فاحدكما طالق
ثم اراد ان يعين احديهما قبل مجيء الغد لا يملك ذلك كذا هذا اذا
مضت المدة وبانت احداهما بغير عينها فله الخيار في تعيين ايهما
شاء للطلاق لان الطلاق اذا اوقع في المجهول يتخير الزوج في التعيين
فكذا ان يوقع الطلاق علي احداهما فلو لم يوقع الطلاق علي واحدة منهما
حتي مضت اربعة اشهر اخري وقعت تطليقة اخري وبانت كل
واحدة منهما بتطليقة في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه لا يقع الطلاق علي الاخري وجه رواية ابي يوسف انه الايمن
احدهما لامن كل واحدة منهما فلا تبين ولا الايلاء الا احدهما وجه ظاهر
الرواية ان اليمين باقية لعدم الحنث فكان تعليق طلاق احدهما بمضي
المدة من غير فيء فاذا مضت اربعة اشهر ووقع الطلاق علي احدهما
تقررت مزاحمتهما واليمين باقية فتعينت الاخري لبقاء
اليمين في حقها وتعليق طلاقها كما لو زالت المزاحمة بعد مضي المدة

قبل اختيار الزوج بالموت بان بانت احدهما البيس انه تتعين الاخرى
كذا هاهنا وهل يتكرر الطلاق على المولى منهما بالايلاء السابق يتكرر
المدة لانص في هذه المسئلة واختلف المشايخ فيه وترجيح بعضهم
الاقاويل فيه على البعض يبين في الجامع الكبير وكذلك لو مضى الطلاق
في احدهما بعد مضي اربعة اشهر ثم مضت اربعة اشهر بانت الاخرى
بتطليقة على جواب ظاهر الروايه واما الثالث وهو ما اذا قال
والله لا اقرب واحدة منكما فانه يصير موليا منهما جميعا حتى لو مضت
اربعة اشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعا كذا ذكر المسئلة في الجامع من غير
خلاف وهكذا روى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ولم يذكر الخلاف
وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي فقال على قول ابي حنيفة وابو
يوسف يكون موليا منهما استحسانا وعلى قول محمد يكون موليا
من احدهما وهو القياس وجه القياس ان قوله واحدة منكما لا
يعبر عنهما بل عن احدهما فصار كقوله والله لا اقرب احدكما والدليل عليه
انه اذا قرب احداهما حنث ويلزمه الكفارة فدل ان اليمين تناولت
احدهما لا غير ووجه الاستحسان وهو الفرق بين المسئلتين ان قوله
احدكما معرفة والمعرفة تختص في الاثبات وقوله واحدة منكما نكرة لا
تختص بنفسها ولم يوجد ما يوجب تصويرها معرفة وهو اللام او
الاضافة فبقيت نكرة واعتبار في محل النفي فتعم والدليل على التفرقة والدليل
على التفرقة بينهما انه يستقيم ادخال كلمة الاحاطة والاشتمال
وهي كلمة على كل واحدة منكما ولا يستقيم احدهما على احدكما حتى يصح
ان يقال والله لا اقرب كل واحدة منكما ولا يصح ان يقال والله لا اقرب
كل احدكما فدل ان قوله واحدة منكما يصلح لهما وقوله احدكما لا يصلح
لهما الا انه اذا قال والله لا اقرب واحدة منكما فقرب احدهما يبطل ايلاؤهما
جميعا ويلزمه الكفارة لوجود شرط الحنث وهو قربان واحدة منهما
بخلافه ما اذا قال والله لا اقربكما فقرب واحدة منهما انه يبطل ايلاؤها

ولا

ولا يبطل ايلاء الباقية حتى لا تجب الكفارة اما بطلان ايلاء التي قربها فلوجود
شرط البطلان وهو القربان ولم يوجد القربان في الباقية فلا يبطل ايلاؤها
ولا يبطل ايلاء الباقية حتى لا تجب الكفارة اما بطلان ايلاء التي قربها فلوجود
شرط البطلان وهو القربان ولم يوجد القربان في الباقية فلا يبطل
ايلاؤها واما عدم وجوب الكفارة فلعدم شرط الوجوب وهو قربانهما
جميعا ولو قال لامرأته والله لا اقربكما لا يكون موليا من امرأته
ما لم يقرب الاهة صار موليا من امرأته لان المولي من لا يمكنه قربان امرأته
في المدة من غير شيء يلزمه وقبل ان يقرب الاهة قد صار بحال لا يمكنه
قربان زوجته من غير حنث يلزمه فصار موليا ولو قال والله لا
اقرب احدكما لم يكن موليا في حق البر لما ذكرنا ان قوله احدكما
معرفة لانه مضاف الى المعرفة والمعرفة تختص ولا تعم سواء كان
في محل الاثبات او في محل النفي فلا يتناولهما ولا احدهما والايلاء في حق
البر تعليق الطلاق بشرط ترك القربان في المدة فاحدكما طالق
ولو قال ذلك لا يقع الطلاق الا اذا عنى امرأته وما عفى هاهنا فلا
يمكن جعله ايلاء في حق البر ولو قرب احدهما تجب الكفارة لانه بقي
يمينا في حق الحنث فتجب الكفارة كما لو قال لاجنبية والله لا اقربك
ثم قربها حنث ولا يكون ذلك ايلاء في حكم البر كذا هذا ولو قال والله
لا اقرب واحدة منكما كما كان موليا من امرأته لما ذكرنا ان الواحدة نكرة
في محل النفي فتعم عموم الافراد كما لو قال لا اكلم احدا من رجال حلب
الا انه لو قرب احديهما حنث لما ذكرنا ان شرط حنثه قربان واحدة
منهما لا قربانهما وقد وجد ولو كانت له امرأتان حرة وامة فقال
والله لا اقربكما صار موليا منهما جميعا لان كل واحدة منهما محل
الايلاء فاذا مضى شهران ولم يقربهما بانت الامة بمضي مدتها من
غير قربان واذا مضى شهران اخران بانت الحرة لتمام مدتها من غير
ولو قال والله لا اقرب احدكما يكون موليا من احديهما بعينها

لان كل واحدة منهما محل للايلاء وقد اضاف الايلاء الى احديهما غير عين فيتعين
موليا من احديهما غير عين ولو اراد ان يعين احديهما قبل مضي الشهرين
ليس له ذلك لما بينا فيما تقدم واذا مضى شهران ولم يقربها بانت
الامة لا لانها تعينت للايلاء بل لسبق مدتها واستوفت مدة الايلاء على الحرة
فاذا مضت اربعة اشهر اخر لم يقربها بانت الحرة لان اليمين باقية اذا
لم يوجد الحنث فكان تعليق طلاق احديهما باقيا فاذا مضى شهران
ووقع الطلاق على الامة فقد زالت مزاحمتهما واليمين باقية فتعينت
الحرة لتوجه الايلاء في حقها وتعليق طلاقها بمضي المدة وانما استوفت مدة
الايلاء على الحرة لان ابتداء المدة انعقدت لاحديهما وقد تعينت الامة
للسبق فيبتدأ المدة على الحرة من وقت بينونة الامة خلافا لما اذا قال
والله لا اقربكما الان هناك انعقدت للامة لما قلنا فاذا مضى شهران فقد
تمت مدة الامة فيتمم مدة الحرة بشهرين اخرين ولو ماتت الامة على رأس
الشهرين تعينت الحرة للايلاء من وقت اليمين حتى اذا مضت اربعة اشهر
من وقت اليمين تبين لزوال المزاحمة بموت الامة ولو قال والله لا اقربك
واحدة منكما يكون موليا منهما جميعا حتى لو مضى شهران تبين الامة
ثم اذا مضى شهران اخران تبين الحرة كما في قوله والله لا اقربكما الان
هاهنا اذا اقرب احديهما حنث وبطل الايلاء لما ذكرنا فيما قبل وان
علقه بشرط يتعلق به بان قال لا اقربكما ان دخلتما هذه الدار وان
كلمت فلانا فوالله لا اقربك وكذا الوعد انه الى وقت بان قال اذا جاء غد
فوالله لا اقربك او قال اذا جاء راس شهر فوالله لا اقربك واذا وجد الشرط
او الوقت يصير موليا وتعتبر ابتداء المدة من وقت وجود الشرط والوقت
لان الايلاء يمين واليمين حتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت
كسائر الايمان وان وقته الى غاية ينظر ان كان المجعول غاية لا يتصور
وجوده في مدة الايلاء يكون موليا كما لو قال وهو في شعبان والله لا اقربك
حتى يصوم المحرم لانه منع نفسه عن قربانها بما يصلح مانعا لانه لا

يمكنه

لا يمكنه قربانها الا بحنث يلزمه وهو الكفارة الا ترى انه لا يتصور وجود
الغاية وهو صوم المحرم في المدة وكذا اذا جعل غايته الغرق لانه لا يحلف به
عادة وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في مكان كذا وبينه وبين ذلك المكان
اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا لانه لا يمكنه قربانها من غير حنث
يلزمه وان كان اقل من ذلك لم يكن موليا لامكان القربان من غير شيء يلزمه
وكذا لو قال والله لا اقربك حتى تقطعي صبيك وبينها وبين الفطام
اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا وان كان اقل من ذلك لم يكن موليا لما قلنا
والله لا اقربك حتى تخرج الدابة من الارض او حتى يخرج الدجال او حتى
تطلع الشمس من مغربها فالقياس ان لا يكون موليا وفي الاستحسان
يكون موليا لان خروج هذه الاشياء لما كانت تتاخر عنها بكثير من
مدة الايلاء على ما نطقت به الاخبار فلا تو جد هذه الغاية في زماننا في
مدة اشهر عادة فلم تكن الغاية متصورة الوجود عادة فلا يمكن قربانها
من غير حنث يلزمه عادة فيكون موليا ولان هذا اللفظ يذكر على ارادة
التابيد في العرف فصار كانه قال والله لا اقربك ابدا وكذا اذا قال والله
لا اقربك حتى تقوم الساعة كان موليا وان كان يمكنه في الفعل قيام الساعة
ساعة فساعة لكن قامت دلالات الكتاب والسنن المشهورة على انها
لا تقوم الا بعد تقدم اشراطها كطلوع الشمس من مغربها وخروج الدجال
وخروج ياجوج وماجوج ونحو ذلك ولم يوجد شيء من ذلك في زماننا
فلم تكن القيام قبلها متصور الوجود عادة على ان مثل هذه الغاية
يذكر ويراد بها التاكيد في العرف والعادة كما قال تعالى ولا يدخلون
الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط اي لا يدخلونها اصلا وراسا وكما يقال
لا افعل كذا حتى يشيب الغراب ويشيب الغراب ونحو ذلك فيصير كانه
قال والله لا اقربك ابدا وان كان ما جعل غايته يتصور وجوده في المدة
وان كان مما لا يتصور نحو النكاح مع وجوده بان قال والله لا اقربك
حتى تموتي او حتى اموت او حتى تقتلي او حتى اقتلك او حتى

تتلمني كان موليا وان كان يتصور وجود هذه الاشياء في المدة لكن لا
يتصور بقاء النكاح بعد وجودها فتصير حاصل هذا الكلام كانه قال
والله لا اقربك ما دمت زوجتي او ما دمت زوجتك او ما دمت حيا
او ما دمتي حية ولو قال ذلك لكان موليا اذ لو لم يكن موليا لما تصور
انقعاد الايلاء لان هذا التقدير ثابت في كل ايلاء ولو قال لامرأته
وهي امة الغير والله لا اقربك حتى املكك او املك شقصا منك يكون
موليا لان النكاح لا يبقى بعد ما ملكها او شقصا منها فتصير كانه قال
لا اقربك ما دمتي زوجتي ولو قال والله لا اقربك حتى اشتريك
لا يكون موليا لان النكاح لا يرتفع بمطلق الشراء جوازا ان اشترى بعيا
يبقيه فلا يملكها فلا يرتفع النكاح وكذا لو قال حتى اشتريك يعني
وانقضى كان موليا لان الملك في الشراء الفاسد يثبت بالقبض
فيرتفع النكاح فتصير تقديره والله لا اقربك ما دمتي في نكاحي
وان كان مما يتصور بقاء النكاح مع وجوده فان كان مما لو حلف به
لكان موليا تصير موليا اذا جعله غاية والا فلا هذا اصل ابي //
حنيفة ومحمد واصل ابي يوسف ان امله قربانه في المدة من غير
حنث يلزمه لا يكون موليا وعلى هذا يخرج ما اذا قال والله لا
لا اقربك حتى اعتق عبدي فلانا او حتى اطلق امرأتي فلانة
او حتى اصوم شهرا انه يصير موليا في قول ابي حنيفة ومحمد //
وعند ابي يوسف لا يكون موليا لان ابي يوسف انه يتصور وجود
هذه الغاية قبل مضي اربعة اشهر فيمكنه قربانها من غير
حنث يلزمه بسبب اليمين فلا يكون موليا كما اذا قال والله لا
اقربك حتى ادخل الدار او حتى اكلم فلانا ولهما انه منع نفسه
عن قربانها بما يصلح مانعا وعاجز بالعرف والعادة وهو
عتق عبده وطلاق امرأته وصوم الشهر ولهذا لو حلف بهذه
الاشياء كان موليا فكذا اذا جعلها غاية وكذا لا يمكنه قربانها

من غير

من غير شيء يلزمه بسبب اليمين وهو اما وجوب الكفارة او عتق العبد
او طلاق امرأته او صوم الشهر فتصير في التقدير كانه قال ان قربتك
فعبدي حر او علي كفارة يميني ولو قال هكذا لكان موليا كذا هذا
بخلاف الدخول والكلام ولو قال والله لا اقربك حتى اقتل عبدي
او حتى اضرب عبدي او حتى اشتم عبدي او اضرب فلانا او اشتم
فلانا او ما اشبه ذلك لم يكن موليا لانه يحلف بهذه الاشياء عرفا
وعادة ولهذا لو حلف بشيء من ذلك لم يكن موليا فكذا اذا جعله
للغاية غاية للايلاء وكذا لو قال ان قربتك فعلي قتل عبدي او ضرب
عبدي او شتم عبدي او قتل فلان او ضرب فلان او شتم فلانا لم يكن
موليا كما لو قال فعلي ان ادخل الدار او اكلم فلانا لما قلنا والله
الموفق واما اليمين بالشرط والجزاء فنحو قوله ان قربتك فامرأتي
الاخرى طالق او قال هذه طالق او قال فعبدي هذا حر او فانية
علي كظهر امي او قال فعلي عتق رقبة او حجة او عمرة او المشي الى
بيت الله تعالى او فعلي هدي او صدقة او صوم او اعتكاف لان
الايلاء يمين واليمين في اللغة عبارة عن القوة والحالف يتقوى بهذه
الاشياء عن الاستناع من قربان امرأته في المدة لان كل واحد منها
يصلح مانعا من القربان في المدة لانه يثقل عن الطبع والشيء عليه
فكان في معنى القسم اليمين بالله تعالى لحصول ما وضع له اليمين
وهو التقوي على الامتناع من مباشرة الشرط وكذا بعد ما نعا
في العرف والعادة فان الناس تعارفوا الحلف بهذه الاشياء وكذا
لبعضها مدخل في الكفارة وهو العتق والصدقة وهي الاطعام
والصوم والهدي والاعتكاف لا يصح بدون الصوم والحج والعمرة
وان لم يكن لها مدخل في الكفارة فلها تعلق بالمال فانه لا يتوصل
اليها الا بمال غالبا فاشبها العتق والصدقة لتعلقها بالمال وذكر
القدوري في شرحه مختصر الكرخي خلاف ابي يوسف في قوله

ان قزبتك فعبدي حران على قول ابي يوسف لا يكون موليا ولم يذكر
القاضي اختلافه في شرحه مختصر الطحاوي ووجه قوله ابي يوسف ان
المولى لا يمكنه قزبان امرأته في المدة الا بحنثه يلزمه وما منا يمكنه
القزبان من غير شيء يلزمه بان يبيع العبد قبل ان يقزبها فلا يلزمه
شيء فلم يكن موليا ولهما انه منع نفسه عن قزبانها لما يصلح مانعا
ويعد مانعا في العرف والعادة فكان موليا واما قوله يمكنه ان يبيع
العبد قبل القزبان فلا يلزمه شيء بالقزبان فيقول الملك قايم للحال
والظاهر بقاؤه والبيع موهوم فكان الحنث عنده القزبان لازما على
اعتبار الحال لما هو غالب ولهذا قال ان قزبتك فكل مملوك املكه بعد
استقبل حرا وقال لكل امراة اتزوجها طالق تطلق عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يكون موليا ووجه قوله انه علق وعند وجود
القزبان لا يلزمه شيء وانما يلزم بعد التملك والتزوج والجزاء الحانث من
القزبان ما لم يلزم عنه القزبان لانه يقيد وعلى ان يمتنع عن التملك والتزوج
فلا يلزمه شيء فلم يكن موليا ووجه قولهما انه جعل القزبان شرط انعقاد
اليمين وكون القزبان شرط انعقاد اليمين يجعل مانعا عن القزبان لانه
اذا قزبها انعقدت اليمين واليمين اذا انعقدت تحتاج الى منع النفس
عن تحصيل الشرط خوفا عن تركه الحراوبه تبين انه لا يمكنه قزبانها من
غير شيء يلزمه قزبانها وفات القزبان وهو انعقاد اليمين التي يلزم عند
الحنث لما حكم الحنث فصير موليا وقوله يمكنه ان لا يتملك فلا يلزمه شيء
قلنا وقد تملك من غير تملك بالارث فلا يمكنه الامتناع عنه ولو قال ان
قزبتك فعلي صوم شهر كذا فان كان ذلك الشهر يجيئي معني الاربعة
اشهر لم يكن موليا لانه اذا معني يمكنه الوطي في المدة من غير شيء يلزمه
وان كان لا يجيئي قبل معني الاربعة الاشهر فهو مولي لانه لا يمكنه وطيها
في المدة الا بجميع يلزمه ولو قال ان قزبتك فعلي ان اصلي ركعتين او
علي ان اعتذر لم يكن موليا في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يكون

مولي كذا

مولي كذا ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في
شرحه مختصر الطحاوي الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول
ابي يوسف حنيفة ووجه قول ابي يوسف ان الصلوة مما يصح ايجابها
بالنذر كالصوم والحج فيصير موليا كما لو قال فعلي صوم او حج ووجه
قولهما ان هذا لا يصلح مانعا لانه لا يثقل النكاح على الجميع بل يسهل
ولا يعد مانعا في العرف ايضا الا ترى ان الناس لم يتعارفوا الحلف
بالصلاة والعزو بخلاف الحج والصوم فلا يكون موليا كما لو قال لله
علي صلاة الجنازة او سجدة التلاوة وكذا لا مدخل للصلاة في الكفارة
ولا تتعلق بها بالمال بخلاف الصوم والحج ولو قال ان قزبتك فعلي كفارة
او قال فعلي يمين فهو مولي لان قوله فعلي كفارة التزام الكفارة نصا
وقوله فعلي يمين اي موجب اليمين وهو الكفارة فكان بمنزلة قوله فعلي
كفارة وقالوا فيمن قال ان قزبتك فعلي نحر ولدي انه مولي عند اصحابنا
الثلاثة خلافا لقزوبنا على ان النذر بذبح الولد يصح ويجب ذبح الشاة
عندنا وعند زفر هو باطل لا يجب شيا ولو قال ان قزبتك //
فانت علي مثل امراة فلان وفلان كان الامن امراته فان والا يبلا
كان موليا لانه شبهها بامراة الا منها ومحلا لانيابة بلفظ موضع
للتشبيه فاذا نوى به الايلا انصرف التشبيه اليه وان لم ينو //
التحريم ولا اليمين لم يكن موليا لان التشبيه لا يقتضي المساواة
في جميع الصفات وقالوا فيمن قال لامراته انا منكي موليا الى انه ان
نوى به الخبر بالكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يكون
موليا لان لفظ الخبر وخبر غير المعصوم يحتمل الكذب ولا يصدق
في القضا لان خبره يحمل على الصدق ولا يكون صادقا الا بثبوت
المخبر به وان عنا به الايجاب كان موليا في القضا وفيما بينه وبين
الله تعالى لان هذا اللفظ يحتمل الايجاب في العرف ولو الا
من امراته ثم قال لامراة له اخرى قد اشتركما ايلا بها كان باطلا

لان الشركة في الايلا لو صحت لثبتت الشركة في المدة فيصير لكل واحدة
منهما اقل من اربعة اشهر وهذا يمنع صحة الايلا لما يذكر ولو قال ان قربتك
فانت علي حرام فان نوى الطلاق فهو مولي عندهم جميعا فيصير كانه قال
ان قربتك فانت طالق ولو قال ذلك لصار موليا كذا هذا وان نوى اليمين
فهو مولي للحال عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يكون موليا
ما لم يقربها وجه قولهما ان قوله انت علي حرام اذا نوى به اليمين او لا
نية له ايلا بلا خلاف بين اصحابنا كانه قال والله لا اقربك فصار الايلا
معلقا بالقربان كانه قال ان قربتك فوالله لا اقربك ولو قال ذلك لا يصير
موليا حتى يقربها كذا هذا ولابي حنيفة انه منع نفسه من قربان
امراته في المدة مما يصلح مانعا فيصير موليا كما لو قال ان قربتك فعبدي
علي كظهر امي فلا بد من معرفة مسئلة الحرام اعني قوله لامراته انت
علي حرام من غير التعليق بشرط القربان ان حكمها ما هو وجملة
الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان اضاف التحريم الى شئ خاص نحو
امراته او الطعام او الشراب او اللباس واما ان اضاف الى كل الحلال
على العموم فان اضافه الى امراته بان قال انت علي حرام او قد حرمتك
او انا عليك حرام او قد حرمت نفسي عليك او انت محرمة علي فان اراد
به طلاقا فهو طلاق لانه يحتمل الطلاق وغيره فاذا نوى الطلاق
انصرف اليه وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا وان نوى واحدة تكون واحدة
بائنة وان نوى اثنتين يكون واحدة بائنة عندنا خلافا لزفر لانه
من جملة كنايات الطلاق وان لم ينو الطلاق ونوى التحريم او لم تكن
له نية فهو يمين عندنا ويصير موليا حتى لو تركها اربعة اشهر
بانت بتطليقة لان الاصل في تحريم الحلال ان يكون يمينا لما تبين وان
قال اردت به الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يكون شيئا
ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء وقد اختلف السلف في هذه المسئلة
روي عن ابي بكر وعمر وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس =

وعائشة

وعائشة رضي الله عنهم انهم قالوا الحرام يمين حتى روي عن ابن عباس
انه قال اذا حرم الرجل امراته فهو يمين يكفرها اما لكم في رسول الله صلى
الله عليه وسلم اسوة حسنة وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
انه قال ان نوى به طلاقا فطلاق وان لم ينو طلاقا فيمين يكفرها وعن
زيد بن ثابت رضي الله عنه انه قال فيه كفارة يمين ومنهم من جعله طلاقا
طلاقا ثلاثا وهو علي رضي الله عنه ومنهم من جعله طلاقا رجعيا وعن
مسروق انه قال ليس ذلك شئ ما ابالي حرمتها او قصعة من ثريد
وقال الشافعي ليس بيمين وفيه كفارة بنفس اللفظ ولقب المسئلة
ان تحريم الطلاق الحلال هل هو يمين عندنا يمين وعنده ليس بيمين
وجه قوله ان تحريم الحلال تغيير الشرع والعبد لا يملك تغيير الشرع
ولهذا خرج قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك مخرج العتاب
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فدل انه ليس لاحد ان يحرم ما احل الله
تعالى وبه تبين ان اليمين لا تحرم المحلوف عليه على الحالف وانما يمنعه
منع كونه حلالا ولنا الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها
النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم قيل
ان الاية في تحريم جاريته مارية القبطية لما قال هي علي حرام وسمي الله
تعالى ذلك يمينا بقوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بالكفارة وفي بعض
القراءات قد فرض الله لكم كفارة ايمانكم والخطاب عام يتناول رسول الله
صلى الله عليه وسلم وامته واما السنة فما روي عن ابن عباس عن عمر ابن
الخطاب رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم وامته واما السنة فما
روي عن ابن عباس حيث جعل الحرام يمينا واما الاجماع فما روينا عن جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم انه جعل الحرام يمينا واما الاجماع فما روينا
من جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم جعلوا الحرام يمينا وبعضهم نص
على وجوب كفارة اليمين فيه وكفارة اليمين ولا يمين لا يتصور فيه الا على
انه يمين وقوله من جعله طلاقا ثلاثا محمول على ما اذا نوى الثلاث لان

نوعان غليظة وخفيفة فكانت نية الثلاث تعيين لبعض ما يحتمله اللفظ فيصح واذا نوى واحدة كانت واحدة بائنة لان اللفظ ينبي عن الحرمة والطلاق الرجعي لا يوجب الحرمة للحال واثبات حكم اللفظ على الوجه الذي ينبي عنه اللفظ واجب ولان المخالف يوجب فيه كفارة اليمين لتأكد وجوب اليمين فدل ان هذا اللفظ يمين في الشرع فاذا نوى به الكذب لا يصدق في ابطال اليمين في القضاء فيما بينه وبين الله تعالى واما قوله ان تحريم الحلال ليس بتحريم الشرع فالجواب عنه من وجهين احدهما ان هذا ليس بتحريم الحلال من المخالف حقيقة بل من الله تعالى لان التحريم اثبات الحرمة كما لتحليل اثبات الحل والعبد لا يملك ذلك بل الحرمة والحل وسائر الحكومات الشرعية تثبت باثبات الله تعالى لا صنع للعبد فيها اصلا انما من العبد مباشرة سبب الثبوت هو المذهب عند اهل السنة والجماعة فلم يكن هذا من الزوج تحريم ما احل الله تعالى بل مباشرة سبب ثبوت الحرمة او منع النفس عن الانتفاع بالحلال لان التحريم في اللغة عبارة عن المنع وقد يمتنع العبد من تناول الحلال لغرض له في ذلك ويسمى ذلك تحريما قال الله تعالى وحرمنا عليه المراضع من قبل والمراد منه امتناع موسى عليه السلام من الارتضاع من غير ثدي امه لا التحريم الشرعي وعلى احد هذين الوجهين يحمل التحريم المضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل لو كان الامر على ما ذكرتم ثم لم يكن ذلك منه تحريم الحلال بل لما كان الحل موقتا الى غاية وجود الطلاق لم يكن التطليق من الشرع تغيير الشرع بل كان بيان انتهاء الحل وعلى هذا سائر الاحكام التي تحتمل الارتفاع والسقوط وعلى هذا سبيل النسخ فيما يحتمل الانتساخ فكذا قوله لامرأته انت علي حرام وان نوى بقوله انت علي حرام الظهار كان ظهارا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يكون ظهارا وجه قوله ان الظهار تشبيه الحلال بالحرام والتشبيه لا بد له من حرف التشبيه ولم يوجد فلا يكون ظهارا ولهما ان وصفها بكونها محرمة والمرأة تارة تكون

محرمة

محرمة بالطلاق وتارة تكون محرمة بالظهار فاي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه هذا اذا اضاف التحريم الى المرأة فاما اذا اضافه الى الطعام والشراب واللباس بان قال هذا الطعام علي حرام وهذا الشراب او هذا اللباس فهو يمين عندنا وعليه الكفارة اذا فعل وقال الشافعي اذا كان ذلك في غير الزوجة والجارية لا يجب فيه شيء وهي مسئلة تحريم الحلال الله يمين ام لا وجه قول الشافعي ما ذكرنا في المسئلة الاولى ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك قيل نزلت الاية في تحريم العسل وقد سماه الله تعالى يمينا بقوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فدل ان تحريم غير الزوجين والجارية يمين موجب للكفارة لان تحلة اليمين هي الكفارة فان قيل قد روي انها نزلت في تحريم جاريته مارية فالجواب انه لا يمتنع ان تكون الاية نزلت فيهما لعدم التنافي ولانه لو اضاف التحريم الى الزوجة والجارية يكون يمينا فكذا اذا اضيف الى غيرهما كلفظ القسم اذا اضيف الى غيرهما كان يمينا فكذا اذا اضيف الى الزوجة والجارية كان يمينا واذا اضيف الى غيرهما كان يمينا ايضا كذا هذا ان فعل ما حرمه قليلا او كثيرا حنث واعتلت اليمين لان التحريم المضاف الى العين يوجب تحريم كل من اجزاء العين كتحريم الخمر والخنزير والميتة والدم فاذا تناول شيئا منه فقد فعل المحلوف عليه فيحنث وتحل اليمين بخلاف ما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام فاكل بعضه انه لا يحنث لان الحنث هناك تعلق بالشرط وهو اكل الطعام والمعلق بالشرط لا يتزل عند وجود بعض الشرط ولو قال لنسائه علي حرام ولم ينو به الطلاق فتزوج احداهن كفر وسقطت اليمين فيهن جميعا لانه اضاف التحريم الى جمع فيوجب تحريم كل فرد منه افراد الجمع حرما علي الانفراد فاذا تزوج واحدة منهن فقد فعل ما حرمه على نفسه فتحنث ويلزمه الكفارة وتحل اليمين وان لم تتزوج واحدة

سنين حتى يمضي اربعة اشهر بين لان حكم الايلاء ثبت في حقه كل واحدة
منهن على الانفراد والايلاء يوجب البينونة بمضي المدة من غير
هذا اذا اضاف التحريم الى نوع خاص فاما اذا اضافه الى الانواع كلها
بان قال كل حلال علي حرام فان لم تكن له نية فهو على الطعام والشراب
خاصة استحسانا والقياس ان حنث عقيب كلامه وهو قول زفر وجه
قول زفر ان اللفظ حرج مخرج العموم فيتناول كل حلال وكل فرع عن
يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه فيحنث وجه الاستحسان ان
هذا عام لا يمكن العمل بعمومه لانه لا يمكن حمله على كل مباح من فتح عينه
وغض بصره وتنفسه وغيرها من حركاتنا وسكناته المباحة لانه لا يمكنه
الامتناع عنها والعاقل لا يقصد بيمينه منع نفسه عما لا يمكنه الامتناع
عنه فلم يمكن العمل بهذا اللفظ فيحمل على الخصوص وهو الطعام والشراب
باعتبار العرف والعادة لان هذا اللفظ يستعمل فيهما في العرف وتخبره
قوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة لما لم يكن العمل
بعمومه لثبوت التساوي بين المسلم والكافر في اشياء كثيرة حمل على
الخصوص وهو نفي التساوي بينهما في العمل في الدنيا او في الجزاء في الآخرة
كذا هذا فاذا نوى مع ذلك اللباس او امرأته فالتحريم واقع على ذلك
اجمع واي شيء من ذلك فعل وحده لزمته الكفارة لان اللفظ صالح
لتناول كل المباحات وانما حملناه على الطعام والشراب بدليل العرف
فاذا نوى شيئا زايدا على المتعارف فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه
تشديد على نفسه فيقبل قوله فان نوى شيئا بعينه دون غيره
فان نوى الطعام خاصة او الشراب خاصة او اللباس خاصة او
امرأته خاصة فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء
لما ذكرنا ان هذا اللفظ تتروك العمل بظاهر عمومه ومثله يحمل على الخصوص
فاذا قال اردت واحدا بعينه دون غيره فقد ترك ظاهر لفظه متروك
الظاهر فلم يوجد منه العدول عن الظاهر فيصدق وان قال كل حلال

على

على حرام ونوى امرأته كان عليهما وعلى الطعام وعلى الشراب لان
الطعام والشراب دخلا تحت ظاهر اللفظ ولم ينو بعضها بنيته فبقيا داخلين
تحت اللفظ بخلاف الفصل الاول لان هناك نوى امرأته خاصة و
نفى الطعام والشراب بنيته فلم يدخل في يمينه وها هنا لم ينف
الطعام والشراب الا بنيته وقد دخلا تحت اللفظ فبقيا كذلك ما لم
ينفيا بالنية وان نوى في امرأته الطلاق لزمه الطلاق فيهما فان
اكلا وشربا لم تلزمه الكفارة لان اللفظ الواحد لا يجوز حمله على الطلاق
واليمين لاختلاف معنييهما واللفظ الواحد لا يحتمل معنيين
مختلفين فاذا اراد بنوي الزوجة الطلاق الذي هو اشد الامرين
واغلظهما لا يبقى الاخر مرادا وكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله في ومحمد
رجل قال لامرأتين له انتما علي حرام نعني في احديهما الطلاق في
الاخرى الايلاء طالقان جميعا لما ذكرنا ان اللفظ الواحد لا ينتظم
معنيين مختلفين فاذا اراد هما بلفظ واحد يحمل على اغلظهما ويقع
الطلاق عليهما ولو كان قال هذه علي حرام ينوي الايلاء الطلاق وهذه
علي حرام ينوي الايلاء كان كما نوى لانهما لفظان فيجوز ان يراد باحدهما
خلاف ما يراد باحدهما الاخر هكذا روي عن ابي يوسف فيمن قال لامرأتيه انتما
علي حرام ينوي في احديهما ثلاثا وفي الاخرى واحدة انهما جميعا طالقان
ثلاثا لان حكم الواحدة البائنة خلاف حكم الثلاث لان الثلاث توجب
الحرمة الغليظة واللفظ الواحد لا يتناول معنيين مختلفين في حالة
واحدة فاذا نواهما يحمل على اغلظهما واشدهما وقال ابن سماعة في
نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل قال ما احل الله علي حرام من مال
واهل ونوى الطلاق في اهله قال ولا شيء له في الطعام فان اكل لم يحنث
لما قلنا كذلك لو قال هذا الطعام علي حرام وهذه ينوي الطلاق لان اللفظ
واحد وقد تناولت الطلاق فلا تتناول تحريم الطعام وقالوا فيمن
قال لامرأته انت علي كالدم والميتة او لحم الخنزير او كالخمر انه يسأل عن نيته

فان نوى كذبا فهو كذب لان هذا اللفظ ليس صريحا في التحريم ليجعل
يمينا فيصدق انه اراد به الكذب بخلاف قوله انت علي حرام فانه
صريح في التحريم فهو ايلاء فكان يمينا ولو نوى التحريم فهو ايلاء لانه
كما شبههما بما هو محرم فكانه قال انت حرام ولو نوى الطلاق فانه
لقوله فيه كالقول فيمن قال لامرأته انت علي حرام ينوي الطلاق وروى بن
سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته ان فعلت كذا فانت امي يريد التحريم
قال هو باطل لانه لم يجعلها مثل امه ليكون تحريما وانما جعلها امة فيكون
كذبا قال محمد رحمه الله ولو ثبت التحريم بهذا لثبت اذا قال انت
حواء هذا لا يصح وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته انت
علي حرام فهو مثل قوله انت علي حرام ولان هذه الحروف يقام
بعضها مقام بعض والله اعلم **فصل** واما شرائط ركن الايلاء
فنوعان نوع هو شرط صحته في حق حكم الحنث ونوع هو شرط
صحته في حق حكم البر وهو الطلاق اما الاول فوضع بيانه كتاب
الايمان لان الايلاء يساوي سائر الايمان في حق احد الحكمين وهو
الحنث وانما يخالفها في حق الحكم الآخر وهو الحكم البر لانه لا حكم لسائر
الايمان عند فحقق البر فيهما والايلاء عند تحقق البر حكم وهو وقوع
الطلاق كانه قال اذا مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيهما فانت
طالق بائن فتذكر الشرائط المختصة به في حق هذا الحكم شرائط
بعضها يعم كل يمين بالطلاق وبعضها يخص الايلاء اما الذي يعم فما ذكرنا
من الشرائط فيما تقدم من العقل والبلوغ وقيام ملك النكاح او الاضافة
الى الملك حتى لا يصح ايلاء الصبي والمجنون لانهما ليسا من اهل الطلاق
وكذا الامن امته او مدبرته ام ولده لم يصح ايلاؤه في حق هذا الحكم
لان الله تعالى خص الايلاء بالزوجات بقوله للذين يؤلون من نسائهم
والزوجة اسم للمملوكة بملك النكاح وشرع الايلاء بالزوجات بقوله
للذين يؤلون من نسائهم والزوجة اسم للمملوكة بملك النكاح وشرع

الايلاء في حق هذا الحكم ثبت بخلاف القياس بهذه الآية وانما وردت في
الازواج فتختص بهن ولان اعتبار الايلاء في حق هذا الحكم لدفع الظلم
عنها من قبل الزوج لمنعه حقها في الجماع مع تأكد اليمين والامة
قبل مولاها في الجماع فلا يتحقق الظلم فلا تقع الحاجة الى الدفع لوقوع
الطلاق ولان الفرقة الحاصلة بمضي المدة من غير في فرقة بطلاق والطلاق
بطلان النكاح ولا اسمها وهي مطلقة فان كان الطلاق رجعيا فهو مولي
لبقاء الملك من كل وجه ولهذا صح طلاقه وظهاره ويتوارثان وان كان بائنا
او ثلاثا لم يكن موليا لزوال الملك والحل بالابانة والثلاث والايلاء لا
ينعقد في غير الملك ابتدا وان كان يبقى بدون الملك على ما يذكر وعلى هذا
يخرج ما اذا قال لاجنبيه والله لا اقربك ثم تزوجها انه لا يصير موليا
في حق حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر بعد التزوج ولم يقربها لا يقع
عليها شيء لانعدام الملك والاضافة الى الملك ولو قربها بعد التزوج ولم
يقربها لا يقع عليها شيء لانعدام الملك والاضافة الى الملك ولو قربها بعد
التزوج او قبله يلزمه الكفارة لانعقاد اليمين في حق حكم الحنث ولو قال
لها ان تزوجتك فوالله لا اقربك فتزوجها صار موليا عندنا لوجود الملك
عند التزوج واليمين بالطلاق يصح في الملك ومضافا الى الملك وهاهنا
وجدت الاضافة الى الملك فيصير موليا بخلاف الفصل الاول وكذا جميع
ما ذكرنا من شرائط صحة التعليق فهو من شرط الايلاء في حق الطلاق واما
الذي يخص الايلاء شيئان احدهما المدة وهي ان يحلف على اربعة اشهر فصاعدا
في الحرة او يحلف مطلقا او مؤبدا وهذا قول عامة الصحابة وعامة العلماء
رضي الله عنهم وقال بعض اهل العلم ان مدة الايلاء غير مقدرة بل يستوي
فيها القليل والكثير حتى لو حلف لا يقربها يوما او ساعة كان موليا حتى
لو تركها اربعة اشهر بانت وكذلك روي ابن مسعود رضي الله عنه وقال
عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان الايلاء على الابد وقال الشافعي لا يكون
موليا حتى يحلف على اكثر من اربعة اشهر وجه قول الاولين ما روي عن النبي

ان مالك رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم الامن نسايه شهرا
فلما كان تسعا وعشرين ترك ايلاهن فقيل له انك اليت شهرا يا رسول الله فقال
الشهر تسعة وعشرون يوما ولان الله تعالى لم يذكر في كتابه مدة
بل اطلقه اطلاقا بقوله للذين يولون من نسايهم فيجري على اطلاقه
على اطلاقه وانما ذكر المدة لثبوت البينونة حتى يتبين بمضي المدة
من غير في لا لبصير التصرف ايلاء شرعا ونحن به نقول ولنا قوله تعالى
للذين يولون من نسايهم تربص اربعة اشهر ذكر الايلاء في حكم الطلاق
مدة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها ايلاء في حق هذا الحكم وهذا لان
الايلاء ليس بطلاق حقيقة وانما جعل طلاقا معلقا بشرط البر شرعا
لوصف كونه من الجماع اربعة اشهر فصاعدا فلا يجعل طلاقا بدونه
ولان الايلاء يرتفع بمضي الوقت المذكور من اليوم والشهر واذا المريق
الايلاء لا يبقى حكمه ولان الايلاء هو اليمين التي يمنع الجماع خوفا
من لزوم الحنث وبعد مضي يوم او شهر يمكنه ان يطأها من غير
حنث يلزمه فلا يكون هذا ايلاء واما قولهم ان المدة ذكرت لثبوت حكم
الايلاء لا للايلاء فنقول ذكر المدة في حكم الايلاء يكون ذكرا في الايلاء لان
الحكم يثبت بالايلاء اذ به يتاكد المنع المحقق للظلم واما الحديث فالمروي
ان النبي صلى الله عليه وسلم الا ان لا يدخل على نسايه شهرا وعندنا من حلف
لا يدخل على امراته يوما او شهرا او سنة لا يكون موليا في حق حكم الطلاق
لان الايلاء يمين يمنع الجماع وهذا يمنع الجماع وقوله عبد الله بن عباس
الايلاء على الابد محتمل يحتمل ان يكون معناه ان الايلاء اذا ذكر مطلقا
عن الوقت يتناول على الابد وان لم يذكر الابد ونحن به نقول ويحتمل انه اراد
به ان ذكر الابد شرط صحة الايلاء في حق حكم الطلاق يحمل على الاول
توفيقا بين الاقاويل والدليل عليه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال كان ايلاء اهل الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت
الله تعالى اربعة اشهر فمن كان ايلاؤه اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء

ولانه

ولانه ليس في النص شرط الابد فلزمه اثبات حكم الايلاء في حق الطلاق
فعندنا اذا مضت اربعة اشهر فتبين منه وعنده لا يتبين بل يتوقف بعد
مضي مدة ويخير بين الفي والتطليق فلا بد وان تزيد المدة على اربعة اشهر
ويذكر المسيلة في بيان حكم الايلاء ان شاء الله تعالى وسواء كان الايلاء في حال
الرضى او الغضب اراد به اصلاح ولده في الرضاع او الاضرار بالمراة عند
عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وهو الصحيح لان نص الايلاء
لا يفصل بين حال وحال ولان الايلاء يمين واما مدة الايلاء فلا يختلف حكمه
بين الرضا والغضب وارادة اصلاح المولد والاضرار كسايرالايمان
واما مدة ايلاء الامة المنكوحة شهران فصاعدا عندنا وعند الشافعي
مدة ايلاء الامة كمدة ايلاء الحرة واحتج بقوله تعالى للذين يولون من نسائهم
تربص اربعة اشهر من غير فصل بين الحرة والامة والكلام من حيث
المعنى مبني على اختلاف اصل نذكره في حكم الايلاء وهو ان مدة الايلاء
ضربت اجلا للبينونة عندنا فاشبه مدة العدة فينتصف بالرق
كمدة العدة وعنده ضربت لاظهار ظلم الزوج بمنعها حقها عن الجماع في
المدة وهذا الوجب التسوية بين الامة والحرة في المدة كاجل العنين
ولا حجة له في ايلايه لانا سنا ولت الحرايرلا الاماء لانه ذكر عدد الطلاق
في عقبه بقوله والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهي عدة
الحرايرسواء كان زوجها عبدا او حرا فعلم ان العبرة لرق المراة وحريتها
لا لرق الرجل وحريته لان الايلاء في حق احد الحكمين طلاق فيعتبر فيه
جانب النسا ولو اعتق العبد على الرق بان كانت مملوكة وقت الايلاء
ثم اعتقت تحولت مدتها مدة الحرايرخلاف العدة فانها اذا اطلقت طلاقا
بائنا ثم اعتقت لا تنقلب عدتها عدة الحرايرو في الطلاق الرجعي
تنقلب والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى
وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامراته الحرة والله لا اقربك اربعة اشهر الا يوما
انه لا يكون موليا لنقصان المدة ولو قال لمملوكته والله لا اقربك شهرين او شهرين

بعد شهرين هذين الشهرين فهو مولي لانه جمع بين شهرين وشهرين بحرف
الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر ولو قال
والله لا اقربك شهرين فمكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد
هذين الشهرين الاولين لم يكن موليا لانه اذا سكت يوما فقد مضى
يوم من عشر حكم الايلا لان الشهرين ليسا بمدة للايلاء حق للحرة
فاذا اتصل وشهرين بعد هذين الشهرين فقد جمع الشهرين الاخرين
الى الاولين بعد ما مضى يوم من حكم الايلا فصار كانه قال والله لا اقربك
اربعة اشهر الا يوما ولو قال ذلك لم يكن موليا لنقصان المدة كذا هذا ولو
قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا للحال في قول اصحابنا الثلاثة
وقال زفر يكون موليا للحال حتى لو مضت السنة ولم يقربها فيها بين
ولو قربها يلزمه لا تبين ولو قربها يوما لا كفارة عليه عندنا وعنده اذا
مضت اربعة اشهر منذ قال هذه المقالة ولم يقربها فيها بين ولو
قربها يوما لا كفارة عليه عندنا وعنده اذا مضت اربعة اشهر منذ قال
هذه المقالة ولم يقربها فيها بين ولو قربها يلزمه الكفارة وجه قوله
ان اليوم للمستثنى ينصرف الى اخر السنة كما في الاجارة فانه لو قال
اجرتك هذه سنة الا يوما انصرف اليوم الى اخر السنة حتى صحت الاجا
كذا هنا واذا انصرف الى اخر السنة كانت مدة الايلاء اربعة اشهر
وزيادة ولانه اذا انصرف الى اخر السنة فلا يمكنه قربان امراته في الا
اربعة الاشهر من غير حنث يلزمه وهذا احد المولي ولنا ان المستثنى
يوم منكر فتعين اليوم الاخير لتفسير الحقيقة ولا يجوز تفسير الحقيقة
من غير ضرورة فبقي المستثنى يوما شائعا في السنة فكان له ان يحمل
ذلك اليوم اي يوم شاء فلا تكمل المدة ولانه اذا استثنى يوما شائعا
فلا تكمل المدة لانه اذا استثنى يوما شائعا في الجملة فلم يمنع نفسه
عن قربان امراته بما يصلح مانعا من القربان في المدة لان له ان يعين
يوما للقربان اي يوم كان فيقربها فيه من غير حنث يلزمه فلم يكن

موليا

موليا وفي باب الاجارة شرط صحة الاجارة ان تكون المدة معلومة ولا تصير
معلومة الا بانصراف الاستثناء الى اليوم الاخير وها هنا الاضرون لان
جهالة المدة لا تبطل اليمين فان قال ذلك ثم قربها يوما ينظر ان بقي من
السنة اربعة اشهر فصاعدا صار موليا لوجود كمال مدة الايلاء ولوجود
حد المولي وان بقي اقل من ذلك لا يصير موليا لنقصان المدة ولا تعد الى الحد
الايلاء على هذا الخلاف اذا قال والله لا اقربك سنة الا مرة غير ان في قوله
في قوله الا يوما اذا قربها وقد بقي من السنة اربعة اشهر فصاعدا لا يصير
موليا ما لم تغرب الشمس من ذلك اليوم ويعتبر ابتداء المدة من وقت غروب
الشمس من ذلك اليوم لان اليوم اسم لجميع هذا الوقت من اوله الى اخره
فلا ينتهي الا بغروب الشمس وفي قوله الا مرة يصير موليا عقيب القربان
بلا فصل ويعتبر ابتداء المدة من وقت فراغه من القربان مرة لان المستثنى
هنا هو القربان مرة لا اليوم والمستثنى هناك هو اليوم لا اللام لذلك
افترقا ثم مدة اشهر الايلاء تعتبر بالاهلة تم بالايام لقول لاخلاف ان الايلاء
اذا وقع في غرة الشهر تعتبر المدة بالاهلة وان وقع في بعض الشهر
لم يذكر عن ابي حنيفة نص رواية قال ابو يوسف تعتبر بالايام وذلك
مائة وعشرون يوما وروي عن ابي يوسف انه يعتبر بقية الشهر بالايام
والشهر الثاني والثالث بالاهلة ويكمل ايام الشهر الاول بالايام من
اول الشهر الرابع ويحتمل ان يكون هذا على اختلاف في عدة الطلاق والوفاة
على ما نذكره هناك ان شاء الله تعالى والثاني ترك الفيء في المدة لان الله
تعالى جعل عزم الطلاق شرطا ووقوعه بقوله وان عزموا الطلاق فان
الله سميع عليم وكلمة ان للشرط وعزم الطلاق ترك الفيء في المدة والكلام
في الفيء يقع في مواضع في تفسير الفيء المذكور في الاية انه ما هو وفي
بيان شرط صحة الفيء وفي بيان وقت الفيء انه قبل انقضاء المدة او بعد انقضا
اما الاول فالفيء عندنا في حق نوعين احدهما بالفعل وهو الجماع في الفرج حتى
لو جامعها فيما دون الفرج او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها

بشهوة لا يكون ذلك فيما لان حقهما في الجماع في الفرج حتى لو جامعها دون الفرج فصار ظاهرا ظالما لها بمنعه ذلك ثم لا يندفع الظلم الا به ولا يحصل الا به وهو الرجوع عما عزم عند القدرة الا به بخلاف الرجعة لانها تثبت بالجماع فيما دون الفرج وبالمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة لان البينونة بعد انقضاء العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه فلو لم تثبت الرجعة لصار مرتكبا للحرام فجعل الاقدام عليه دلالة الرجوع تحرزا عن الحرام وهذا المعنى لم يوجد هنا لان البينونة بعد انقضاء العدة تثبت مقصورا على الحال فلو لم يجعل ذلك معدما فيما لم يصر مرتكبا للحرام فافترقا والثاني بالقول والكلام فيه في موضعين احدهما في صورته الفي بالقول والثاني في بيان شرط صحته اما صورته فهي ان يقول لها فيت اليك او راجعتك وما اشبه ذلك وذكر الحسن عن ابي حنيفة في صفة الفي ان يقول الزوج اشهدوا اني قد فئت الى امراتي وابطلت ايلاءها وليس هذا من ابي حنيفة رحمه الله شرط للشهادة على الفي فانه يصح بدون الشهادة وانما ذكر الشهادة احتياطا لباب الفرج لاحتمال ان يدعي الزوج الفي اليها بعد مضي المدة فتكذبه المراة فيحتاج الى اقامة البينة عليه لان تكون الشهادة شرطا لصحة الفي وقد قال اصحابنا انه اذا اختلف الزوج والمراة في الفي بعد مضي المدة فالقول قول الزوج ادعى الفي وانكرت المراة فالقول قول الزوج لان المدة اذا كانت باقية فالزوج يملك الفي فيها وقد ادعى الفي في وقت يملكه الشاهد فيه فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان اختلفا بعد مضي المدة فالقول قول المراة لان الزوج يدعي الفي في وقت لا يملكه انشاء الفي فيه فكان الظاهر شاهدا عليه للمراة فكان القول قولها واما شرط صحته فلصحة الفي بالقول شرائط ثلاثة احدها العجز عن الجماع فلا يصح مع القدرة لا على الجماع لان الاصل هو الفي بالجماع

لان

لان الظلم لا يندفع حقيقة وانما الفي بالقول حلف عنه ولا عبرة بالحلف مع القدرة على الاصل كالتيمم مع الوضوء وكذلك شرط العجز عن الجماع حقيقة او مطلق العجز اما حقيقة او حكما فجملة الكلام فيه ان العجز نوعان حقيقي وحكمي اما الحقيقي فنحو ان يكون احد الزوجين مريضا مرضا يتضرر معه الجماع او كانت المراة صغيرة لا يجامع مثلها او رتقاء او يكون الزوج مجبوبا او يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الايلاء او تكون ناشزة محتجبة في مكان لا يعرفه او يكون محبوسا لا يقدر ان يدخلها عليه وقيد في هذه المسالة بالقول كذا ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وهي انه لو الا من امراته وهو محبوس او هي محبوسة او كان بينه وبين امراته اقل من اربعة اشهر الا ان العدو او السلطان يمنعه من ذلك فان كان فيه لا يكون الا بالعمل ويمكن ان يوفق بين القولين في الحبس فيحمل على ما ذكره القاضي على ان يقدر احدهما ان يصل الى صاحبه في الحبس والوجه في المنع من العدو والسلطان ان ذلك نادر على شرف الزوال فكان ملحقا بالعدم والله اعلم واما الحكمي فمثل ان يكون محرما وقت الايلاء وبينه وبين وقت الحج اربعة اشهر واذا عرف هذا فنقول لاختلاف انه اذا كان عاجزا عن الجماع حقيقة انه ينتقل الفي بالجماع الى الفي بالقول واختلف اصحابنا فيما اذا كان قادرا على الجماع حقيقة وعاجزا عنه حكما انه هل يصح الفي بالقول قال اصحابنا الثلاثة لا يصح ولا يكون فيه الا بالجماع وقال زفر وجه قوله ان العجز حكما كالعجز حقيقة في اسقاط السنة كما في الخلوة فانه يستوي المانع الحقيقي والشرعي في المنع من صحة الخلوة لذا هذا اولى انه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالما بالمنع فلا يندفع الظلم عنها الا بايفائها حقها بالجماع وحق العبد لا يسقط الا باسقاط الله تعالى في الجملة لغنا الله تعالى وحاجة العبد والثاني دوام العجز عن الجماع الى ان تمضي المدة حتى لو قدر على الجماع في المدة بطل الفي بالقول

وانتقل الفي الى الجماع حتى لو تركها ولم يقربها في المدة حتى مضت تبين لما ذكرنا ان الفي باللسان بدل على الفي بالجماع ومن قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل كالمتيمم اذا قدر على الماء في الصلاة وكذا اذا الا وهو صحيح ثم مرض فان كان قادرا مدة صحته ما يمكنه فيه الجماع فقد بالجماع لانه كان قادرا على الجماع في مدة الصحة فاذا لم يجامع مع القدرة عليه فقد فرط في احقاقهما فلا يعذر بالمرض الحادث وان كان لا يمكنه فيه الجماع لقصره فقد بالقول لانه اذا لم يقدر على الجماع فيه لم يكن مفرطا في ترك الجماع فكان معذورا ولو الا وهو مريض فلم يف اليمين باللسان حتى مضت المدة فبانت ثم صحت ثم مرض فتزوجها وهو مريض ففاء اليمين بلسانه صح فيه في قول ابي يوسف حتى لو تمت اربعة اشهر من وقت التزوج لا تبين وقال محمد لا يصح وجه قوله انه اذا صح في المدة الثانية فقد قدر على الجماع حقيقة فسقط اعتبار الفي باللسان في تلك المدة وان كان لا يقدر على جماعها لاعصية كذا هذا ولابي حنيفة ان الصحة انما تمنع الفي باللسان للقدرة على انيانها في الجماع ولا حق لها حالة البينونة فلا تعتبر الصحة حالة منه والثالث قيام ملك النكاح وقت الفي بالقول وهي ان تكون المراة في حال ما يفي اليمين زوجته غير بائنة منه فان كانت بائنة منه ففاء بلسانه لم يكن ذلك فيا ويبقى الايلاء ان الفي بالقول انما رفع الايلاء في حق حكم الطلاق لحصول انيانها به ولا حق لها حالة البينونة فلا تعتبر الفي وصار وجودها والعدم بمنزلة ويبقى الايلاء اذا تزوجها ومضت المدة تبين منه بخلاف الفي بالفعل وهو الجماع انه يصح بعد زوال الملك وثبوت البينونة حتى لا يبقى الايلاء بل يبطل لانه حنث بالوطء فانحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث هاهنا فلا تحمل اليمين فلا يرتفع الايلاء ثم الفي بالقول عندنا انما يصح في حق حكم الطلاق حتى لا يقع الطلاق بمضي المدة لا في حق الحنث لان اليمين

في حق

في حق حكم الحنث باقية لانها لا تنحل الا بالحنث والحنث انما يحصل بفعل المحلوف عليه والقول ليس محلوفا عليه فلا تنحل به اليمين هذا الذي ذكرنا مذهب اصحابنا وقال الشافعي لا في الايلاء الجماع والبه مال الطحاوي ووجهه ان الفي بالحنث ولا حنث باللسان فلا يحصل الفي به وهذا لان الحنث هو فعل المحلوف عليه هو القربان فلا يحصل الفي به وهذا لان الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القربان فلا يحصل الفي به ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا الفي عند العجز بالقول وكذا روي عن جماعة من التابعين مثل مسروق والشعبي وابراهيم وسعيد بن جبير ولان الفي في اللغة عبارة عن الرجوع يقال فاء الظل اي رجع ومعنى الرجوع في الايلاء هو انه بالايلاء عزم على منع حقها في الجماع والعزم باليمين فبالفي رجع عما عزم كما يكون بالفعل يكون بالقول وهذا لان وقوع الطلاق لصيرورته ظالما بمنع حقها والظلم عند القدرة على الجماع بمنع حقها في الجماع فيكون ازالة الظلم بايفاء حقها بالجماع ايضا وعند العجز عن الجماع يكون بايذائه اياها بذكر منع حقها في الجماع فيكون ازالة هذا الظلم بذكر ايفاء حقها في الجماع ايضا لتكون ازالة الظلم لقدر الظلم فيثبت الحكم على وفق العلة والله اعلم واما وقت الفي فالفي عندنا في المدة وعند الشافعي بعد مضي المدة وقد ذكر المسئلة في بيان حكم الايلاء ان شاء الله تعالى واما حرية المولي فليست بشرط لصحة ايلائه بالله تعالى ومما لا يتعلق بالمال حتى لو قال العبد لامرأته والله لا اقربك او قال ان قربتك فعلي صوم او حج او عمرة او امرأتي طالق يصح ايلاؤه حتى لو لم يقربها في المدة تبين منه ولو قربها في المدة تبين منه ولو فوعما في اليمين بالله تعالى يلزمه الكفارة بالصوم وغيرها يلزمه الجزاء المذكور لان العبد اهل لذلك وان كان الحلف بما يتعلق بالمال بان قال ان قربتك فعلي عتق رقبة او علي ان

اتصدق بكذا لا يصح لانه ليس من اهل ملكه المال واما اسلام المولى فهل
هو شرط لصحة الايلاء فنقول لا خلاف في ان الذمي اذا لا من امراته بالطلاق
او العتاق انه يصح ايلاؤه لان الكافر من اهل الطلاق والعتاق ولا خلاف ايضا
في انه اذا الا بشيء من القرب كالصوم والصدقة والحج والعمرة بان قال
لامراته ان قربتك فعلي صوم او صدقة او حج او عمرة او غير ذلك من القرب
لا يكون موليا لانه ليس من اهل القربة فيمكنه قربان امراته من غير شيء
يلزمه فلم يكن موليا وكذا اذا قال لامراته ان قربتك فانت علي كظهر
امي او فلانة علي كظهر امي لم يكن موليا لان الكفر يمنع صحة الظهار عندنا
واذا لم يصح تمكنه قربانها من غير شيء يلزمه فلا يكون موليا لان الكفر
واختلف فيما اذا قال بالله تعالى فقال والله لا اقربك قال ابو حنيفة
رحمه الله يكون موليا وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون موليا وجه قولهما
ان اليمين بالله تعالى لا تنعقد من الذمي كما في غير الايلاء والجامع بينهما
ان اليمين بالله تعالى تنعقد موجبة للكفارة بعموم قوله تعالى الذين
يولون من نسائهم من غير تخصيص المسلم والكافر ليس من اهل
الكفارة ولابي حنيفة ان الايلاء بالله تعالى يمنع القربان خوفا من
هتك حرمة اسم الله تعالى والذي يتعقد حرمة اسم الله تعالى ولهذا
يستحلف في الدعاوي كالمسلم وتتغلظ حال الذبيحة بتسميته كما تتغلظ
بتسمية المسلم فانه اذا ذكر اسم الله تعالى عليها اكلت وان ترك
التسمية لم تؤكل فيصح ايلاؤه كما يصح ايلاء المسلم واذا صح ايلاؤه
بالله تعالى ثبت احكام الايلاء في حقه كما يثبت في حق المسلم الا انه لا يظهر
في حق حكم الحنث وهو الكفارة لان الكفارة عبادة وهو ليس من اهل
العبادة فيظهر في حق حكم البر وهو الطلاق لانه من اهله ولو اسلم
او ظاهر من امراته ثم ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب ثم رجع مسلما
او تزوجها فهو مولي ومظاهر في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يسقط عنه الايلاء والظهار وجه قول ابي يوسف ان الكفر يمنع صحة

الايلاء والظهار ابتداء فيمتنع بقاءهما على الصحة لان حكم الايلاء وجوب الكفارة
على تقدير الحنث وحكم الظهار حرمة موقتة الى غاية الكفارة والكافر
ليس من اهل وجوب الكفارة وجه قول ابي حنيفة ان الكفر لما يمنع
انعقاد الايلاء لما بينا فلان لا يمنع بقاءه اولى لان البقاء اسهل ولان الايلاء ينعقد
لوجوده من المسلم والعارض هو الردة واثرها في زوال ملك النكاح
وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين فتبقى اليمين فاذا عاد لعود حكم
الايلاء انعقد بيقين والعارض وهو الردة محتمل الزوال والتصرف
الشرعي اذا انعقد بيقين يبقى لاحتمال الفائدة في البقاء واحتمال
الفائدة هاهنا ثابت لان رجاء الاسلام قايم والظهار قد انعقد موجبا
حكمه وهو الحرمة الموقتة لصدوره من المسلم وبالردة زالت صفة
الحكم وبقي الاصل وهو الحرمة اذ الكافر من اهل ثبوت الحرمة وبقاءها
في حقه لان حكم الحرمة وجوب الامتناع وهو قادر على الامتناع بخلاف
القربة ولهذا خوطبوا بالحرمات دون القرب والطاعات على ما عرف
في اصول الفقه والله الموفق **فصل** واما حكم الايلاء فنقول
وبالله التوفيق الله تعالى بالايلاء حكمان احدهما حكم الحنث والاثم
حكم البر واما حكم الحنث فيختلف باختلاف المحلوف به فان كان الحلف
بالله تعالى فهو وجوب كفارة اليمين كسائر الايمان وان كان الحلف
بالشرط والجزاء فلزوم المحلوف به كسائر الايمان بالشروط والاخرية
اولزوم حكمه على تقدير وجوده على ما بينا واما حكم البر فالكلام فيه
في مواضع في بيان اصل الحكم وفي بيان وصفه وفي بيان وقته وفي
بيان قدره اما اصل الحكم فهو وقوع الطلاق بعد مضي المدة من غير
فيء لانه بالايلاء عزم على منع نفسه من اتيانها حقها في الجماع في المدة
والعزم باليمين فاذا مضت المدة ولم يف اليها مع القدرة على
الفيء فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل فتأكد الظلم في حقها
فتبين منه عقوبة عليه جزاء على ظلمه ورحمة عليها ونظرا لها

من حبالتها لتتوصل الى انهاء حقها من زوج اخر وهذا عندنا وقال
الشافعي حكم الايلاء في حق البر هو الوقف وهو ان يوقف الزوج بعد
مضي المدة فيتخير بين الفيء اليها بالجماع وبين تطليقها فان ابى اجبره
القاضي على احدهما فان لم يفعل طلق عليه القاضي فاشتملت معرفة
هذا الحكم على معرفة مسئلتين مختلفين احديهما انه لا يوقف للولي
بعد انقضاء المدة عندنا بل يقع الطلاق عقيب انقضائها بلا فصل وعنده
بعد مضي المدة والمسئلتان مختلفتان بين الصحابة رضي الله عنهم
احتج الشافعي بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر
فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق خير المولي بين
العزم على الطلاق عند مضي المدة وان وقت الفيء بعد المدة لا في المدة
ولانه قال وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم للطلاق فلا بد وان
يكون الطلاق مسموعا وذلك بوجود صوت الطلاق او غير الصوت لا يحتمل
السماع ولو وقع الطلاق بنفس مضي المدة من غير قول وجد من
الزوج او من القاضي لم يتحقق صوت الطلاق فلا يتجوز سماعه
ولان الايلاء يمين يمنع من جماع اربعة اشهر لان اللفظ يدل عليه فقط
لاعلى الطلاق والقول بوقوع الطلاق بمضي المدة قوله بالوقوع
من غير ايقاع وهذا لا يجوز ولنا ان الله تعالى جعل مدة التربص
اربعة اشهر والوقت يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها
وهي مدة اختيار الفيء بالطلاق من يوم او ساعة فلا تجوز الزيادة
الا بدليل ولهذا لما جعل الشرع كسائر المدد التي بين الزوجين
مقدارا معلوما من المدة ومدة العنين لم يحتمل الزيادة على ذلك
القدر فكذا مدة الطلاق ولان الفيء تقض اليمين ونقضها حرام في الاصل
قال الله تعالى ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم
كفيلا الا انه ثبت الاطلاق في المدة بقراءة عبد الله بن مسعود وابي رضي
الله عنهما فان فاؤا فيهن فبقي النقض حراما فيما وراءها فلا اجعل الفيء

فيما

وراءها فلزم القول بالفيء في المدة وبوقوع الطلاق بعد مضيها
ولان الايلاء كان طلاقا معجلا في الجاهلية فجعله الشرع طلاقا
موجلا والطلاق الموجل يقع بنفس انقضاء الاجل من غير ايقاع احد بعده
كما اذا قال لامرأته طالق رأس الشهر واما قوله ان الله تعالى جعل الفيء
بعد الاربعة الاشهر فنعم لكن هذا لا يوجب ان يكون الفيء بعد مضيها
الا ترى الى قوله فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن
بمعروف ذكر الامساك وهو الرجعة في العدة والبينونة بعد انقضاء
كذا هاهنا واما قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم
فقد قال قوم من اهل التاويل ان المراد من قوله سميع في هذا الموضع
اي سميع بالايلاء والايلاء ما ينطق به ويقال فيكون مسموعا وقوله
عليم بتصرف الى العزم اي عليم بعزمه الطلاق وهو ترك الفيء والدليل
صحة هذا التاويل انه ذكر قوله سميع عليم عقيب امرين احدهما
محتمل السماع وهو الايلاء والاخر لا يحتمل وهو عزم الطلاق فيصرف
كل لفظ الى ما يليق به للتفيد فائدته وهو قوله تعالى لتسكنوا فيه
ولتبتغوا من فضله عقيب ذكر الليل والنهار بقوله ومن رحمته جعل
لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه صرف الى كل ما يليق به وهو السكون الى الليل
وابتغاء الفضل الى النهار كذا هاهنا ولان الله تعالى ذكر انه سميع عليم
وكل مسموع معلوم وليس كل معلوم مسموعا لان السماع لا يكون الا
للصوت فلو كان الطلاق في الايلاء بالقول ليكون مسموعا والايلاء مسموع
ايضا لو قصد الكفاية بذكر السميع فلا يتعلق بذكر العليم فائدة مبتدأة
ولو كان الامر على ما قلنا ان الطلاق يقع عند مضي المدة من غير قول
يسمع لا يصرف ذكر العليم اليه لان ذلك ليس بمسموع حتى يعني بذكر
السميع عن ذكر العليم فيتعلق بذكر العليم فائدة جديدة فكان
ما قلناه اولى مع انا لا نسلم ان سماع الطلاق يقف على ذكر الطلاق
بحروفه الا ترى ان كنايات الطلاق طلاق وهي مسموعة وان لم يكن

الطلاق مذكورا بحرف واحد وكذا طلاق الاخرس فلم يكن من ضرورة كون
الايلاء طلاقا التلفظ بلفظ الطلاق فلم يقف سماع صوت الطلاق عليه
وقوله لفظ الايلاء لا يدل على الطلاق ممنوع بل يدل عليه شرعا فان الشرع
جعل الايلاء طلاقا معلقا بشرط فيصير الزوج بالاضرار على موجب هذه
اليمين معلقا الطلاق بائنا بترك القربان اربعة اشهر كانه قال اذا مضت
اربعة اشهر فانت طالق بائن عرفنا ذلك باشارة النص وهو قوله
وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم سمى ترك القربان في المدة عزم
الطلاق واخبر انه سميع للايلاء السابق بصير طلاقا عند مضي
المدة من غير تجديد وعاد كرنا من المعنى المفقود واما صفته وقد
قال اصحابنا ان الواقع بعد مضي المدة من غير تجديد طلاق بائن
والشافعي قال اذا فاء بعد انقضاء المدة فاختار الطلاق فهي واحدة
رجعية بنا على اصله ان الطلاق بعد مضي المدة يقع بايقاع سابق
او صريح الطلاق فيكون رجعيا ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم
فانه روي عن عثمان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس
وزيد بن ثابت انهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة
ولان الطلاق عند مضي المدة دفعا للظلم ولا ينبه دفع الظلم عنها
الا بالبائن لينقطع عنه فيتمكن من استنكاحها من زوج اخر ولا يتحلل
الا بالبائن ولان القول بوقوع الطلاق الرجعي يؤدي الى العبث
لان الزوج اذا ابى الفيء والتطليق يقدم الى الحاكم عنده ثم اذا طلق
عليها الحاكم واخذ جعها الزوج فيخرج فعل الحاكم مخرج العبث وهذا لا يجوز
واما قدره فهو قدر الواقع من الطلاق في الايلاء فاصل ان الطلاق في الايلاء
يتبع المدة لا اليمين فيتحد باتحاد المدة ويتعدد ولا خلاف في ان المعتبر
بتعدده ما في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر يتبع اليمين فيتعدد ويتحد
اليمين ويتحد باتحادها ولا خلاف في ان المعتبر في حق حكم الحنث هو
اليمين فينظر الى اليمين في الاتحاد والتعدد لا الى المدة وجه قول زفر

ان وقوع

ان وقوع الطلاق ولزوم الكفارة حكم الايلاء والايلاء يمين فيعتبر الحكم مع
اليمين فيتحد باتحادها ويتعدد بتعددها الا ان الحكم يتكرر بتكرر السبب
ويتحد باتحاده ولنا ان الايلاء انما اعتبر طلاقا من الزوج لمعنى حقنا
في الجماع في المدة منعا موكدا باليمين او به يصير ظالما والمنع يتحد
باتحاد المدة فيتحد الظلم فيتحد الطلاق ويتعدد بتعددها فيتعدد
الظلم فيتعدد الطلاق واما الكفارة فانما تجب بهتك حرمة اسم الله
تعالى والهتك يتعدد بتعدد الاسم ويتحد باتحاده وعلى هذا الاصل
مسايل اذا قال لامرأته مرة واحدة والله لا اقربك فلم يقربها حتى
مضت المدة بانت بتطليقة واحدة وان قربها لزمته كفارة واحدة
لاتحاد المدة واليمين جميعا ولو قال لها في مجلس واحد والله لا اقربك
والله لا اقربك والله لا اقربك فان عنى به التكرار فهو ايلاء واحد في
حق حكم الحنث والبر جميعا حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربها
بانت بتطليقة واحدة ولو قربها لا يلزمه الا كفارة واحدة لان مثل
هذا يذكر للتكرار في العرف والعادة فان نوى به تكرار الاول فقد
نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه وان لم تكن له نية فهو ايلاء واحد
في حق حكم البر وثلاث في حق حكم الحنث بالاجماع حتى لو مضت
اربعة اشهر ولم يقربها بانت بتطليقة واحدة في قول اصحابنا الثلاثة
ولو قربها في المدة فعليه ثلاث كفارات بالاجماع وعند زفر هو ثلاث
ايلاءات في حق حكم الحنث والبر جميعا وتعقد كل ايلاء من حين وجوده
فاذا مضت اربعة اشهر ولم يف اليمها بانت بتطليقة ثم اذا مضت ساعة اخرى
بانت بتطليقة اخرى وان قربها في المدة فعليه ثلاث كفارات واصل
هذه ان من قال اذا جاء غد فوالله لا اقربك فالها ثلاثة فجاء غد يصير
موليا في حق حكم البر ايلاء واحدا وعنده يصير موليا ثلاث ايلاءات
ولا خلاف في انه يصير موليا ثلاث ايلاءات في حق حكم الحنث وان اراد
به التغليظ والتشديد فكذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف الله

ايلا واحد في حق حكم البر استحسانا وعند محمد وزفر هو ثلاث في حق
البر والحنث جميعا وهو القياس اما زفر فقد مر على اصله ان الحكم
لليمين لا للمدة لان اليمين من السبب الموجب للحكم وقد تعددت
فتتعدد السبب فتتعدد والحكم واما وجه القياس لمحمد ان المدد
قد اختلفت لان كل واحدة من هذه الايمان وجدت في زمان
فكانت مدة كل واحدة منهما غير مدة الاخرى فصار كما لو حلف
ثلاث مرات في ثلاث مجالس وجه الاستحسان ان المدد وان تعددت
حقيقة فهي متحدة حكما لتعذر ضبط الوقت الذي بين اليمينين
عند مضي اربعة اشهر فصارت الايمان كلها مدة واحدة حكما و
الثابت حكما يلحق بالثابت حقيقة ولو قال اذا جاء غد فوالله لا اقربك
يصير موليا ايلاين في حق حكم الحنث والبر جميعا ثم اذا جاء غد يصير
موليا ايلاين احدهما في الحال والاخر في الغد في حق الحنث والبر جميعا
لان المدد قد تعددت حقيقة وحكما لاختلاف البدل كل مدة واسقطنا بها
وامكان ضبط الوقت الذي بين اليمينين ولو قال كلما دخلت هذه
الدار فوالله لا اقربك فكلما دخلت هذه الدار يصير موليا ايلاين
في حق البر وايلا واحدا في حق الحنث فاذا دخل الدار دخلتين
ينعقد الايلا الاول عند الدخلة الاولى والثاني عند الدخلة الثانية
فاذا مضت اربعة اشهر من الدخلة الاولى بانت
بانت بتطليقة واذا مضت اربعة اشهر من وقت الدخلة الثانية
بانت بتطليقة اخرى ولو قربها بعد الدخلتين لا يلزمه الا كفارة
واحدة لتعدد المدة واتحاد اليمين في حكم الحنث لان اليمين بالله
تعالى متى علقت بشرط تتكرر لا بتكرار انعقادها بتكرر الشرط
واليمين ما هو شرط وجزاء اذا علقت بشرط متكرر تتكرر فيتكرر الشرط
وقوله والله لا اقربك يمين بالله تعالى في حق الحنث ويمين بالطلاق
في حق البر والدليل على هذا الاصل وبيان فروعه يعرف في الجامع الكبير وكذلك

اذا قال كلما دخلت واحدة من هاتين الدارين فوالله لا اقربك او قال
كلما كلمت واحدا من هذين الرجلين فوالله لا اقربك فدخل احدهما
او كلم احدهما صار موليا واذا دخل مرة اخرى او كلم مرة اخرى صار موليا
ايلا اخر في حق حكم البر وهو ايلا واحد في حكم الحنث والله اعلم **فصل**
واما بيان ما يبطل به الايلا فما يبطل به الايلا نوعان نوع يبطل به
اصلا في حق الحكمين جميعا وهو البر والحنث ونوع يبطل في حق حد
الحكمين وهو البر ويبقى في حق الحكم الاخر وهو حكم الحنث اما الذي
يبطل به الايلا في حق الحكمين جميعا شيء واحد وهو الفيء بالجماع
في العرج في المدة لانه حينئذ بر واليمين لا تبقى بعد الحنث لان حنث
اليمين نقضها والشيء لا يبقى مع وجود ما ينقضه واما ما يبطل به
في حق حكم البر دون الحنث شيئان احدهما الفيء القول عند استجماع
شرائطه التي وصفناها فيبطل به الايلا في حق حكم البر دون الحنث
شيئان احدهما الفيء بالقول عند استجماع شرائطه التي وصفناها فيبطل
فيبطل به الايلا في حق حكم البر حتى لا تبين بمضي المدة لما ذكرنا
ان ترك الفيء في المدة شرط وقوع الطلاق بعد مضيها اذ هو عزيمة الطلاق
وانما شرط بالنص كفء يبقى في حق حكم الحنث حتى لو فاء اليها بالقول
في المدة ثم قدر على الجماع بعد المدة فجامعها تلزمه الكفارة لان
وجوب الكفارة معلق بالحنث والحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف
عليه هو الجماع في العرج فلا يحصل الحنث بدونه والثاني في التطليقات
الثلاث حتى لو وقع عليها ثلاث تطليقات بالايلا او طلقها ثلاثا =
عقيب الايلا ثم تزوجت ثم عادت اليه فمضت اربعة اشهر لم يطأها فيها
لا يقع عليها شيء عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يبطل الايلا ويقع
عليها الطلاق بالايلا ابدا بناء على ان استيفاء طلاق الملك العائم للحال
يبطل اليمين عندنا وعنده لا يبطلها وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو
الاسقطها ولم يف اليها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وانقضت

عد ما فتزوجت بزوج اخر ثم عادت الي الاول عاد حكم الايلا
بالاجماع لكن عند ابي حنيفة وابي يوسف بثلاث تطليقات وعند
محمد بما بقي بنا على ان الزوج الثاني يهدم الطلقة والطلقتين عندهما
وعنده لا يهدم والمسئلة قد مرت ولا يبطل بالابانة حتى لو ابانها
ثم ابانها قبل مضي المدة ثم تزوجها فمضت المدة من غير في
تبين بتطليقة اخري بالايلا السابق ولو ابانها ولم يتزوجها
حتي مضت المدة وهي في العدة يقع عليها تطليقة اخري بالايلا السابق ولو ابانها ولم يتزوجها حتي مضت المدة وهي في
العدة يقع عليها تطليقة اخري عندنا وعند زفر لا يقع وقد مرت
المسئلة وهل يبطل بمضي المدة من غير في فان كان الايلا مطلقا
او موبدا ان قال والله لا اقربك ابدا ولم يذكر الوقت فمضت
اربعة اشهر من غير في حتي بانت بتطليقة لا يبطل الايلا حتي لو
تزوجها فمضت اربعة اشهر اخري منذ تزوج يقع عليها تطليقة
اخري لان اليمين عندت مطلقة او موبدة العارض ليس الا البينونة
والدنيا بزوال الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين
بالطلاق لما عرف ان اليمين اذا انعقدت تبقي لاحتمال العايدة
واحتمال العايدة بائنا لاحتمال التزوج فيبقي اليمين الا انه لابد
من الملك لانعقاد المدة الثانية فاذا تزوجها عاد الملك فعاد حكمها
في الجماع فاذا مضت المدة الثانية من غير في اليمين فقد منها حقها
وظلمها فتقع تطليقة اخري جزاء علي ظلمه وكذا اذا تزوجها بعد
ما بانت بتطليقة بائنة ومضت اربعة اشهر اخري منذ تزوجها
تبين بثالثة لما قلنا فان تزوج بزوج اخر ثم تزوجها الاول
فمضت اربعة اشهر لم يقربها فيها لا يقع عليها شئ عندهما بناء
الثلاثة على الزفر ولو الا سمها مطلقا او موبدا فمضت اربعة اشهر
لم يف اليها حتي بانت ثم لم تتزوجها حتي مضت اربعة اشهر

احري وهو في العدة لا يقع عليها تطليقة احري لان اليمين قد
بطلت بل هي باقية لما قلنا الا انها ما بانة فلا يستحق الوطي علي الزوج
بالامتناع من قربانها في المدة ظالما ووقوع الطلاق كان لهذا المعني
ولم يوجد فلا يقع لكن يبقي اليمين حتي لو تزوجها ومضت المدة
من غير في يقع والاصل ان المدة المتعقبة لا تبطل بالبينونة وان كانت
لا تعقد علي البانة علي طريق الاستيناف ولو قربها قبل ان يتزوجها
فعليه الكفارة لان اليمين باقية وقد وجد شرط الحنث فيحنث
ولو كان الايلا موقتا الي وقت معلوم اربعة اشهر او اكثر فمضت المدة
من غير في حتي وقع الطلاق لا يبقي الايلا وينتهي حتي لو قربها لا
كفارة عليه ولو لم يقربها حتي مضت اربعة اشهر لا يقع عليها شئ
لان الموقت الي وقت ينتهي عند وجود الوقت ولو حلف علي قربان
امرأته فعتق عبدا له ثم باعه سقط الايلا لانه صار بحال لا يلزمه
بقربانها ثم اذا دخل في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد
حكم الايلا حتي لو تركها اربعة اشهر لا يقع عليها شئ لم يقربها
فيما بين لان الجزاء لا يتقيد بالملك القايم للحال كمن قال لعبده ان
دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار انه لا يعتق
ولو دخل في ملكه بعد القربان لا يعود الايلا لبطلانه بالقربان وكذا
اذا مات العبد بطل الايلا لان الجزاء صار بحال لا يتصور وجوده فبطلت
اليمين ولو قال ان قربتك فعبدي هذان حران فمات احدهما
او باع احدهما لا يبطل الايلا لانه يلزمه بالقربان عتق ولو ماتا جميعا
بطل الايلا وكذا لو باعهما جميعا معا او علي التعاقب ولو باعهما ثم
دخل احدهما في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد الايلا
فيه من وقت دخول الاول لان العايد عتق الاول ولو قال لامرأته
انت طالق قبل ان اقربك بشهر وقربها قبل تمام الشهر من وقت
اليمين بطلت اليمين وان لم يقربها حتي مضي شهر يصير موليا لان

معنى هذا الكلام واذا مضى شهر لم اقربك فيه فانت طالق ان قربتك
ولو قال ذلك ومضى شهر لم يقربها فيه لصار موليا لما ذكرنا ان
قوله انت طالق ان قربتك ايلاء لانه يمكنه قربانها من غير
شيء يلزمه وهو الطلاق وهذا احد المولي واذا صار موليا فان قربها
بعد ذلك وقع الطلاق لانه علق الطلاق بالقربان ولم يقربها حتى
مضت اربعة اشهر بانت بتطليقة لان هذا حكم الايلاء في حق البر
ولو قال انت طالق ثلاثا قبل ان اقربك ولم يقبل بشهر لا يصير موليا
ويقع الطلاق من ساعته لانه اوقع الطلاق في وقت هو قبل القربان
وكما فرغ من كلامه فقد وجد هذا الوقت فيقع ولو قال قبيل ان اقربك
يصير موليا لان قبل الشيء اسم لزمان متقدم عليه مطلقا وكما فرغ
من هذه المقالة فقد وجد زمان متقدم على القربان فيقع الطلاق
واما قبيل الشيء فهو اسم لزمان متقدم عليه متصل به فما لم يوجد الزمان
فكان تعليق هذا الطلاق بالقربان فكانه قال ان قربتك فانت طالق
فان قربها وقع الطلاق بعد القربان بلا فصل وان تركها حتى مضت
اربعة اشهر بانت بالايلاء لما ذكرنا ان الوقوف على التعليف بالقربان والله الموفق

فصل واما بيان حكم الطلاق فحكم الطلاق يختلف باختلاف
الطلاق من الرجعي والبائن ويتعلق بكل واحد منهما احكام ليبعضها
اصلي وبعضها من التوابع اما الطلاق الرجعي فالحكم الاصلي له هو نقصان
العدد فاما زوال الملك وحل الوطي فليس بحكم اصلي له لازم حتى لا
يثبت للحال وانما يثبت في الثاني بعد انقضاء العدة بان لم تتم
ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها وهذا عندنا وعند
الشافعي زوال حل الوطي من احكامه الاصلية له حتى لا يحل وطيها
قبل الرجعة والبه مال عبد الله البصري واما زوال الملك فقد اختلف
فيه اصحابه قال بعضهم الملك يزول في حق حل الوطي لا غير وقال
بعضهم لا يزول اصلا وانما يحرم وطيها مع قيام الملك من كل وجه كالوطي

في حالة

في حالة الحيض والنفاس وجه قوله ان الطلاق واقع للحال فلا بد
وان تكون له اثرنا جزء وهو زوال الحل الملك الوطي او زوال الملك
في حق الحل وقد ظهر الزوال في الاحكام حتى لا يحل له المسافرة بها
ولا الخلوة ويزول تسميها والاقتراء قبل الرجعة محسوبة من العدة و
لهذا سمي الله الرجعة ورد في كتابه بقوله وبعولتهن احق بردهن
والرد في اللغة عبارة عن اعادة الغائب فيدل على زوال الملك من
وجه ولنا قوله تعالى احق بردهن في ذلك وقوله وبعولتهن
اي ازواجهن وقوله هن كناية عن المطلقات سماه زوجا بعد
الطلاق والله تعالى احل للرجل وطيء وجه بقوله والذين هم
لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين
وقوله نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم اني شئتم وقوله هو الذي خلق
لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وحوذ لك من النصوص والدليل
على قيام الملك من كل وجه طلاقه وظهاره وايلاؤه ويجري اللعان
بينهما ويتوارثان وهذه احكام الملك المطلق وكذا يملك مراجعتها
بغير رضاها ولو كان الملك زايلا من وجه لكانت الرجعة انشاء النكاح
على العدة من غير رضاها من وجه وهذا لا يجوز واما قوله الطلاق
واقع في الحال فمسلم ولكن المتصرف الشرعي قد يظهر اثره للحال
وقد يتراخى عنه كالبيع بشرط الخيار وكالتصرف الحسي وهو الزنا
وحوذ لك فجاز ان يظهر اثر هذا الطلاق بعد انقضاء العدة وهو زوال الملك
وحرمة الوطي على ان له اثرا ناجزا وهو نقصان عدد الطلاق ونقصان
حل المحليه وغير ذلك على ما عرف في الخلافيات واما المسافرة بها فقد قال
زفر من اصحابنا ان محل المسافرة قبل الرجعة واما على قول اصحابنا الثلاثة
فانه لا يحل له لزوال الملك بل لكونها معتدة وقد قال الله تعالى في المعتدات
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن نهي الرجال عن الاخراج والنساء
عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة لزوال الحرمة ثم ليس فزواما

الخلوة فان كان من قصده الرجعة لا يكره وان لم يكن من قصده الرجعة
لا يكره وان لم يكن من قصده استبقاء النكاح بالرجعة فتي خلا بما فربما
يقع بينهما المساس عن شهوة فيصير مراجعا لها فيطلقها فيؤدي
الي تطويل العدة عليهما فيتضرر بذلك وهو معني قوله تعالي
ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا واما التسم لانه لو ثبت لهما التسم
لخلا بما فيؤدي الي ما ذكرنا اذا لم يكن من قصده المراجعة حتي
لو كان من قصده ان يراجعها لكان لهما التسم وله الخلوة بها وان
احتبست الاقراء من العدة لانعقاد الطلاق سببا لزوال الملك
والحل للحال علي وجه يتم عليه عند انقضاء العدة وهو الجواب عن
قوله ان الله تعالي سمي الرجعة ردا انه يجوز الطلاق اسم الرد
عند انعقاده سببا لزوال الملك بدون الزوال كما في البيع لشرط خيار
العاقدين انه يطلق اسم الرد عند اختيار الفسخ وان لم يزل الملك
ولم يثبت للمشتري لانعقاده سببا لزوال الملك بدون الزوال ويكون
الرد فسخا ومنعناه عن العمل في اثبات الزوال كذا هاهنا ويستحب
لهما ان يتشوف و يتزين لان الزوجية قائمة من كل وجه فيستحب
لها ذلك لعل زوجها يراجعها وعلي هذا ينبغي ان حق الرجعة انه ثابت
للزوج بالاجماع سواء كان الطلاق واحدا او اثنتين اما عندنا
فلقيام الملك من كل وجه واما عنده فلقيامه فيما دون الثلاث
ثم الكلام في الرجعة في مواضع في بيان شرعية الرجعة وفي بيان
ما بثبتها وفي بيان ركنها وفي بيان شرائط جواز الركن اما الاول
فالرجعة مشروعة عرفت شرعيتها بالكتاب والسنة والاجماع
والمعقول اما الكتاب وقوله تعالي وبعولتهن احق بردهن اي برجعتهن
وقوله فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف وقوله الطلاق مرتان فامساك
بمعروف او تسريح باحسان والامساك بمعروف هو الرجعة واما السنة

فما

فما روينا ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حالة الحيض
قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مره ليراجعها
الحديث وروي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم لما طلق حفصة رضي الله
عنها جاء جبريل عليه السلام فقال له راجع حفصة فانها صوامة قوامة فراجعها
هكذا روي انه صلي الله عليه وسلم طلق سودة ثم راجعها وعليه الاجماع
واما المعقول فلان الحاجة تمس الي الرجعة لان الانسان قد يطلق امرأته
ثم يندم علي ذلك لما اشار اليه الرب سبحانه وتعالي بقوله لا تدري لعل
الله يحدث بعد ذلك امرا فيحتاج الي التدارك فلو لم يثبت الرجعة لا
يمكنه التدارك فلو لم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك لما عسي لا تقع
المرأة في تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فتقع الزنا والله اعلم فصل
واما بيان ما بثبته الرجعة فالرجعة عندنا استدامة الملك القايم وعنده
من الزوال وفسخ قايم من وجه دليل من وجه وعندنا هو قايم من كل
وجه وعلي هذا ينبغي ان الشهادة ليست بشرط لجواز الرجعة عندنا
وعنده شرط ووجه البناء ان الشهادة شرط ابتداء العقد والنشاية
لا شرط البقاء والرجعة استبقاء العقد عندنا ولا تشترط الشهادة و
عنده هي استبقاء فصح البناء الكلام فيه علي وجه الابتداء احتج
الشافعي بقوله تعالي واشهدوا ذوي عدل منكم وظاهر الامر لو
جوب العمل يقتضي وجوب الاشهاد ولنا ان نصوص الرجعة من
الكتاب والسنة مطلقة عن شرط الاشهاد عليها لانه لو لم يشهد لا يمتنع
ان تنقضي العدة فلا تصدق المرأة في الرجعة ويكون القول قولها
بعد انقضاء العدة فندب الي الاشهاد لهذا وعلي هذا يحمل الامر في الآية
وفي الآية ما يدل عليه لان الله تعالي قال فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او فارقوهن بمعروف جمع بين الرجعة والمفارقة والامر

بالاشهاد لقوله واشهدوا ذوي عدل منكم ومعلوم ان الاشهاد علي الرجعة ليس بواجب بل هو مستحب كذا علي الرجعة او يحمل علي هذا توفيقا بين النصوص لقدر الامكان وكذا الاشهاد في الرجعة ولا تشترط فيهما رضي المراة لانها من شرايط ابتداء العقد لا من شرايط البقاء وكذا اعلامها بالرجعة ليس بشرط حتي لو لم يعلمها بالرجعة جازت لان الرجعة حقه علي المملوك لكونه متصرفا في ملكها بالاستيفاء والاستدامة فلا يشترط فيه الغير كالاجازة تكون مندوبا اليه ومستحبا لانه اذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة من الجايز انها تتزوج عند مضي ثلاث حيض ظنا منها ان عدتها قد انقضت فان نزل الاعلام تسببا الي عقد حرام فسني فاستحب له ان يعلمها ولو راجعها ولم يعلمها حتي انقضت عدتها وتزوجت بزوج // اخر ثم جاء زوجها الاول فهي امراة سواء كان خلي بها الثاني او لم يدخل وبفرقة بينها وبين الثاني لان الرجعة صحت بدون علمها فتزوجها الثاني وهي امراة الاول فلم يصح وعلي هذا بني الرجعة بالفعل بان جامعها انها جايزة عندنا وعند الشافعي لا تجوز الرجعة الا بالقول ووجه البنا علي هذا الاصل ان الرجعة عنده انشاء النكاح من كل وجه لا تجوز الا بالقول فكذا انشاؤه من وجه وعندنا هي استدامة النكاح من كل وجه فلا تختص بالقول وبني ايضا علي حل الوطي وحرمته علي وجه البنا ان الوطي لما كان حلالا عندنا فاذا وطيها فلو لم يجعل الوطي دلالة الرجعة تذرر بما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتي تنقضي عدتها فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق لانه لا فعل منه الا ذلك فيزول الملك مستندا الي وقت الطلاق فتبين ان الملك كان زايلا كان زايلا وقت الطلاق من وجه فتبين ان الوطي كان حراما فجعل الاقدام علي الوطي دلالة الرجعة صيانة له عن الحرام وعنده لما كان الوطي

اجلام ٣

حراما

١٩٢

حراما لا تقدم عليه فلا ضرورة الي جعله دلالة الرجعة ثم ابتداء الدليل لنا قوله تعالي وبعولتهن احق بردهن في سمي الرجعة ردا والرد لا يختص كرد المغصوب ورد الوديعة قال صلي الله عليه وسلم علي اليد ما اخذت حتي تؤديه وقوله تعالي فامساك بمعروف وقوله فامسكوهن بمعروف سمي الرجعة امساكا والامساك حقيقة تكون بالفعل وكذلك ازجا معته وهو نايم او مجنون لان ذلك حلال لها مع انا قلوم بحيل رجعة لصارت متركبة للحرام علي تقدير انقضاء العدة من غير رجوع من الزوج فحمل ذلك منها رجعة ضرورة لا لتحرز عن الحرام وكذلك الا ما سمي بشهوة ان لمسها بشهوة او نظر الي فرجها عن شهوة فهو مراجع لما قلنا وان لمس او نظر لغير شهوة لم يكن رجعة لان ذلك حلال في الجملة الا تري ان القابلة والطبيب ينظر الي الفرج وليس عند الحاجة اليه لغير شهوة فلا ضرورة الي جعله الرجعة وكذا اذا نظر الي الفرج لغير شهوة لان ذلك ايضا مباح في الجملة ويكره التقبيل واللمس لغير شهوة اذا لم يرد الرجعة وكذا يكره ان يراها منتوفة لغير شهوة كذا قال ابو يوسف انه لا يامن ان يشتهي // فيصير مراجعا من غير اشهاد وذلك مكروه وكذا لا يامن الاضرار بها لجواز ان يشتهي فيصير مراجعا وهو يريد امساكها فيطلها فتطول العدة عليها فتتضرر به الله تعالي يمن عن ذلك بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وكذا قاله ابو يوسف ان الاحسن اذا دخل عليها ان يتباعد وليسمها خفف فعله ليس من اجل انها حرام ولكن لا يامن ان يري الفرج لشهوة فيكون رجعة من غير اشهاد هذا عبارة ابي يوسف رحمه الله ولو نظر الي دبرها موضع خروج الغايط لشهوة لم يكن ذلك رجعة كذا ذكر في الزيادات وهو قول محمد رحمه الله الاخير وكان يقول اولا انه يكون رجعة ثم رجع حكي ابرهيم بن رستم رجوعه وهو قياس ابي حنيفة لان ذلك السبيل لا يجري مجري الفرج الا تري ان الوطي فيه

لا يوجب الحد عنده فكان النظر اليه كالنظر الى سائر البدن ولان النظر
لشهوة انما كان رجعة لكون الولي حلالا بتقرير المحل صيانة عن الحرام //
والنظر الى هذا المحل عن شهوة مما لا يحتمل المحل حلال كما ان الفعل فيه لا
يحتمل المحل لحاله فلا يصلح دليلا على الرجعة وهذا نسخ ولا يكون
رجعة كذا قال ابو يوسف والصحيح قياس قول ابي حنيفة لما ذكرنا
فيما اذا احاها معتدة وهو نائم او مجنون ولان النظر حلال لها فيجعل
رجعة تقريرا للمحل وصيانة عن الحرمة ولان النظرين يستويان
في التحريم الابتدائي ان نظرها الى فرجه كنظره الى فرجها في التحريم
فكذا في الرجعة ولو لمسته بشهوة محتلسة او كان نائما واعترف
الزوج انه كان بشهوة فهو رجعة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف ليس برجعة قال ابو يوسف سوي بينها وبين الجارية
المشتراة يشترط الخيار اذا لمست المشتري بشهوة انه يبطل خيا ٥
ومحمد فرق بينهما وقال هها يكون رجعة وهناك لا يكون
رجعة للبيع وعن ابي يوسف في الجارية روايتان في رواية فرق
فقال ثم يكون اجارة للبيع وها هنا لا يكون رجعة وفي رواية
سوي بينهما فقال فعلها لا يكون رجعة وها هنا وفعل الامة
يكون اجارة ثمة فعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الفرق بين المسلمين
ووجه الفرق له على الرواية الاخرى ان بطلان الخيار لا يقف على فعل
المشتري بل قد يبطل بغير فعله كما اذا تقيب في يده بآفة سماوية
فاما الرجعة لا تجوز ان تثبت بغير اختيار الزوج حتى قال ابو
يوسف انما اذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها ان ذلك رجعة
لانه اذا امكنها من اللمس فقد حصل ذلك باختياره فصار كانه
لمسها وكذلك قال ابو يوسف اذا ابتدأت اللمس وهو مطاوع لها
انه يكون رجعة لما قلنا ووجه الفرق لمحمد ان اسقاط الخيار ادخال
الشيء في ملك المشتري والامة لا تملك ذلك وليست الرجعة ادخال

المراة على ملك الزوج لانها على ملكه فلو جعلناه مراجعا بفعلها
لم يملكه ما لم يملك فصحت الرجعة ولابي حنيفة على نحو ما بينا وهو
ان اللمس حلال من الجانبين فلزم تقرير المحل عليه وصيانة على الحرمة
وذلك يجعل رجعة على ما سبق بيانه كما قال في الجارية ان اللمس
مسمى لو لم يجعل اجازة للبيع وربما يفسخ البيع فتبين ان اللمس
حصل في ملك الغير من وجه وما ذكره ابو يوسف ان الرجعة لا تثبت
بغير الخيار اختيار الزوج يشكل بما اذا احاها معتدة وهو نائم انه يثبت
الرجعة من غير اختيار رضا الزوج وما ذكره محمد ان اسقاط الخيار
او خيار البيع في ملك المشتري ممنوع بل المبيع يدخل في ملك المشتري
بالسبب السابق عند سقوط الخيار على ان هذا فرق بين المسلمين
فيما وراء المعنى المؤثر والفرق بين المسلمين فيما وراء المعنى المؤثر
لا يقدح في الجمع بينهما في المعنى المؤثر قال محمد ولو صدقها الورثة
بعد موته انها لمسته بشهوة كان ذلك رجعة لان الورثة قاموا مقامه
فكانه صدقها قبل موته قال ولو شهد الشهود انها قبلته بشهوة
لا تقبل شهادتهم لان الشهوة معنى في القلب لا يقف عليه الشهود
فلا تقبل شهادتهم فيه ولو شهدوا على الجماع قبلت لان الجماع
معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج فيه الى شرط الشهوة فتقبل
فيه الشهادة والله اعلم فصل واما ركن الرجعة هو قول
او فعل يدل على الرجعة اما القول فنحو ان يقول لها راجعتك او
رجعتك او رددتك واعدتك ونحو ذلك لان الرجعة رد واعادة
الى الحالة الاولى ولو قال لها نكحتك او تزوجتك كان رجعة في
ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة انه لا يكون رجعة وجه هذه
الرواية ان النكاح بعد الطلاق بعد الطلاق الرجعي قائم من
كل وجه فكان قوله نكحتك اثبات القائم وانه محال فلم يكن
مثبتا وما كان ملحقا بالعدم شرعا فلم يكن رجعة بخلاف قوله

راجعتك لان ذلك ليس باثبات النكاح بل هو استبقاء النكاح الثابت
وانه محتمل الاستبقاء لانه العقد سبب زوال الحل فالرجعة نسخ
السبب ومنع له عن العمل فنسخ وجه ظاهر الرواية ان النكاح وان
كان حقيقة لكان المحل لا يحتمل الاثبات فيحمل مجازا عن استبقاء الثابت
لما بينهما من المشابهة تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان وقد قيل في احد
تاويل قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك اي ازواجهن احق
بنكاحهن في العدة من غيرهم من الرجال والنكاح المضاف الى المطلقة
طلاقا رجعيا هو الرجعة فيدل على ثبوت الرجعة بلفظة النكاح
واما الفعل الدال على الرجعة فهو ان يجامعها او يمس شيأ من
اعضائها بشهوة او ينظر الى فرجها عن شهوة او يوجد شيء من ذلك
منها على ما بينا ووجه دلالة هذه الافعال على الرجعة ما ذكرنا فيما
تقدم وهذا عندنا خلافا عند الشافعي فلا تثبت الرجعة الا بالقول
بناء على اصل ذكرناه والله الموفق فصل واما شرائط جواز
الرجعة فمنها قيام العدة فلا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة لان الرجعة
استدامة الملك والملك يزول بعد انقضاء العدة فلا يتصور الاستدامة
اذ الاستدامة للقائم صيانة عن الزوال لا للزائل كما في البيع بشرط
الخيار للبائع اذا مضت مدة الخيار ولا ملك استدامة الملك في البيع
لزوال ملكه بمضي المدة كذا هذا ولو طهرت من الحيضة الثالثة ثم
راجعها فمذا على وجهين ان كانت ايامها في الحيض عشرا لا تصح الرجعة
ويحل للازواج بمجرد انقطاع الدم لانا تيقنا بانقضاء العدة لان انقضاءها
بانقضاء الحيضة الثالثة وقد انقضت بيقين لانقطاع دم الحيض بيقين
اذ لا مزيد للحيض على العشرة الا ترى انما اذا رات اكثر من عشرة لم
يكن الزائد على العشرة حيضا فتيقنا بانقضاء العدة ولا رجعة بعد انقضاء
العدة وان كانت ايامها دون العشرة فان كانت تحيض فلم تغتسل
ولا تيممت فصلت به ولا مضي عليها وقت كامل بعد اوقات اداء

الصلوات

الصلوات اليها لانقطع الرجعة ولا تحل للازواج وهذا عندنا وقال
الشافعي لا اعرف لهذا الاقراء معنى معتبرا في انقضاء العدة وهذا خلاف الكتاب
والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم اما الكتاب فقوله تعالى ولا
تقربوهن حتى يطهرن اي يغتسلن واما السنة فما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال الزوج احق برجعتها ما دامت في
مغتسلها وروي ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة واما اجماع
الصحابة فانه روي علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله
عنه انه قال كنت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه فجاء رجل
وامراة فقال للرجل زوجي طلقتها وراجعتها فقالت ما يمسني
ماء منذ ان اقول ما كان الله طلقني وتركني حتى حضت الحيضة
الثالثة وانقطع الدم واغتسلت بابي وضعت غسلي وخلعت
ثيابي فطرق الباب فقال قد راجعتك فقد راجعتك فقال عمر رضي
الله عنه قل فيهما يا ابن ام عبد فقلت ادي ان الرجعة قد صحت
ما لم تحل لها الصلاة فقال عمر رضي الله عنه لو قلت غير هذا لم
اره صوابا وروي مكحول ان ابا بكر وعمر وعليا وابن مسعود وابا
الدرداء وعبادة ابن الصامت وعبد الله بن قيس الاشعري رضي
الله عنهم كانوا يقولون في الرجل يطلق امراته تطليقة او
تطليقتين انه احق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة تزينه
وبرجعتها ما دامت في العدة فانعقت الصحابة رضي الله عنهم على اعتبار
الغسل فكان قوله مخالفا للحديث واجماع الصحابة فلا يعتد به
ولان ايامها اذا كانت اقل من عشرة لم يتيقن بانقطاع دم الحيض
لاحتمال العود في ايام الحيض ان الدم لا يدر دروا واحدا ولكنه
يدر مرة وينقطع اخرى فكان احتمال العود قائما والعود قد يكون
دم الحيض الى العشرة فلم يوجد انقطاع الحيض بيقين فلا يثبت
الطهر بيقين فتبقى العدة لانها كانت ثابتة بيقين والثابت بيقين

لا يزول بالشك كمن استيقن بالحدث وشك في الطهارة بخلاف ما اذا
كانت ايامها عشرا لان هناك لا يحتمل عود دم الحيض بعد العشرة اذ
العشرة اكثر الحيض فتيقنا بانقطاع دم الحيض فنزول الحيض ضرورة
وتثبت الطهارة وها هنا بخلافه على ما بينا والشافعي بنا قوله في
هذا على اصله ان العدة تنقضي بالاطهار لا بالحيض فاذا طعنت في اول
الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة من غير الحاجة الى شيء اخر ولنا
على بطلان هذا الاصل في موضعه فيبطل الفرع ضرورة فاذا اغتسلت
انقطعت الرجعة لانه ثبت لها حكم من احكام الطاهرات وهو
اباحة اداء الصلاة اذ لا يباح اداؤها للحائض تقرر الاغتسال فتنقطع
الرجعة وكذا لو لم تغتسل ولكن مضى عليها وقت صلوة تنقطع الرجعة
لانه لما مضى وقت صلوة تنقطع الرجعة لانها مضى وقت صلوة صارت
الصلاة دينا في ذمتها وهذا من احكام الطاهرات اذ لا تجب الصلاة
على الحائض فلا تصير دينا عليها فاستحكم الانقطاع بهذه القرينة
فانقطعت الرجعة وكذلك اذا لم تجد الماء وكانت مسافرة فتيممت
وصلت لان صحة الصلاة حكم من احكام الطاهرات اذ لا صحة مع قيام
الحيض فقد انضاف الى الانقطاع حكم من احكام الطاهرات فاستحكم
الانقطاع فينقطع الرجعة فاما اذا تيممت ولم تصل فهل تنقطع الرجعة
اختلف فيه اصحابنا قال ابو حنيفة وابو يوسف لا تنقطع الرجعة
وقال محمد تنقطع وجه قوله انها لما تيممت فقد ثبت لها حكم من
احكام الطاهرات وهو اباحة الصلاة فلا يبقى الحيض ضرورة كما لو اغتسلت
او تيممت وصلت بدليل وجوب قولهما على نحو ما ذكرنا ان ايامها اذا كانت دون
العشرة لم يستيقن بانقضاء عدتها بنفس انقطاع الدم من غير قرينة
تنضم اليه لاحتمال ان يعاودها الدم في العشرة فيتبين انها حائض
والحيض كان ثابتا بيقين فلا يحكم بزواله الا عند وجود الطهر بيقين
ولم يوجد بقرينة التيمم لا تصيره في حكم الطاهرات بيقين لانه

ليس

ليس بطهور حقيقة وانما حمل طهورا شرعا عند عدم الماء بقوله
تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا والدليل عليه انا لو
رأت الماء قبل الشروع في الصلاة او بعد ما شرعت فيها قبل الفراغ منها
بطل تيممها فكان التيمم طهارة مطلقة شرعا لكن حال عدم الماء
واحتمال وجود الماء في كل ساعة قايم فكان احتمال عدم الطهور وثابتا
فلم توجد الطهارة بيقين فيبقى نجاسة الحيض الا انه ابيح لها اداء
الصلاة به لعدم الماء في الحال من حيث الظاهر مع احتمال الوجود فاذا
لم تجد وصلت وفرغت من الصلاة فقد استحكم العدم فاستحكمت
الطهارة الحاصلة بالتيمم فلا يبقى الحيض واما قبل ذلك فاحتمال
عدم الطهارة ثابت لاحتمال عدم وجود الماء فلا تكون الطهارة شرعا بيقين
بل مع الاحتمال فيبقى حكم الحيض الثابت بيقين بخلاف الاغتسال
لان الطهارة بيقين لكون الماء طهورا مطلقا فاذا ثبتت الطهارة بيقين
انتفى الحيض ضرورة لان ضدها بخلاف التيمم على ما بينا وبخلاف ما اذا
مضى عليها وقت صلاة كاملة من اوقات الصلوات لان الصلوة صارت
دينا في ذمتها بنفس الاغتسال بيقين فقد ثبت في حقها حكم من احكام
الطاهرات بيقين فلا يبقى الحيض بيقين فتنقضي العدة بيقين ولو
اغتسلت بسور الحمار انقطعت الرجعة بنفس الاغتسال بالاجماع
ولكنها لا تحل للازواج لان سور الحمار مشكوك فيه اما في طهوريته
او في طهارته على اختلافهم في ذلك فان كان طاهرا وطهورا تنقطع
الرجعة وتحل للازواج لانقضاء العدة لتقرر الانقطاع بالاغتسال وان
لم يكن او كان طاهرا غير طهور لا تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج فاذا وقع
الشك لزم الاحتياط في ذلك كله وذلك فيما قلنا وهو ان تنقطع الرجعة
ولا تحل للازواج اخذا بالثقة في الحكمين واحترازا عن الحرمة في الثانية
ولا تصلي بذلك الغسل ما لم تتيمم ولو اغتسلت المعتدة وبقي عضو
من بدنها شيء لم يصبه الماء لما في لا يخلو اما ان كان عضوا كاملا

واما ان كان اقل من عضو فان كان عضوا فله الرجعة وان كان اقل من عضو فلا رجعة ثم اختلف ابو يوسف فقال ابو يوسف قوله فلا رجعة له في الاقل هذا استحسان والقياس ان يكون له فيه الرجعة لمحمد رحمه الله قاس المتروكة اذا كان عضوا على ترك المضمضة فالقياس عليه ان ينقطع ها هنا ايضا الا انهم استحسنوا وقالوا لا ينقطع لان العضو الكامل مجموع على وجوب غسله وهو مما لا ينقاس عنه عادة فلا تنقطع الرجعة كما لو كان المتروك زايدا على عضو بخلاف المضمضة والاستنشاق لان ذلك غير مجمع على وجوب غسله بل وجوبه مجتهد فيه وابو يوسف رحمه الله يقول المتروك وان قل فحكم الحدث باق في الاترى انه لا تباح الصلاة وان قل ومع قلة الحدث لا تنتشر الطهارة وهذا يوجب التسوية بين القليل والكثير الا انهم استحسنوا في القليل وهو ما دون العضو فقالوا انه ينقطع لان هذا القدر مما يتقاعل عنه عادة ويحتمل ايضا انه اصابه الماء ثم جف فيحكم بانقطاع الرجعة ويبقى الامر في العضو الثاني على اصل القياس واختلفت الرواية عن ابي يوسف في المضمضة والاستنشاق روي عنه انه تنقطع الرجعة وروي عنه انه لا تنقطع الرجعة وقال محمد تبين من زوجها ولكنها لا تحل الا زواج وجه قوله وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف في انقطاع الرجعة ان وجوب المضمضة والاستنشاق وموضع الاجتهاد وموضع تعارض الادلة فلا يخلو عن الشك والشبهة والرجعة ببلك بها مسلك الاحتياط فلا يجوز اثباتها بالشك فتنقطع ولا يجوز اثبات حل الزوج بالشك كذا ايضا اذا لم يجزه محمد رحمه الله وجه الرواية الاخرى لابي يوسف ان الحدث قد تقاعى عن عضو كامل فتنقى الرجعة من اذا كانت المطلقة مسلمة فاما اذا كانت كتابية فقد قالوا ان الرجعة تنقطع عنها بنفس انقطاع الدم لانها غير مخاطبة

بالغسل

بالغسل فلا يلزمها فرض الغسل فصارت كالمسلمة اذا اغتسلت والله الموفق ومنها التعليق بشرط والاضافة الى وقت في المستقبل حتى لو قال الزوج بعد الطلاق ان دخلت الدار فقد راجعتك ان دخلت الدار او ان كلمت فلانا او اذا جاء غد فقد راجعتك او قال راجعتك غدا او راس شهر كذا لم يصح في قولهم جميعا لان الرجعة استبقاء ملك النكاح فلا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت المستقبل كما لا يحتملها انشاء الملك ولان الرجعة تتضمن انفساخ الطلاق في الحال لزوال الملك ومنعه عن عمله في ذلك فاذا علقها بشرط او اضافها الى وقت في المستقبل فقد استبقى الطلاق الى غاية واستبقاء الطلاق الى غاية يكون ما بعده الا وهو لا يحتمل التوقيت كما اذا قال لامراته انت طالق يوما او شهرا او سنة انه لا يصح التوقيت ويتابد الطلاق فلا تصح الرجعة هذا اذا انشا الرجعة فاما اذا اخبر بالرجعة في الزمان الماضي بان قال كنت راجعتك امس قال زفر قد قبلت المراة فقد ثبتت الرجعة سواء قال ذلك في العدة او بعد انقضاء العدة بعد ان كانت المراة في العدة امس وان كذبته فقال ان قال ذلك في العدة فالقول قوله لانه اخبر عما يملك انشاءه في الحال لان الزوج يملك الرجعة في الحال ومن اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال يصدق فقد اذا لو لم يصدق يفضي الى الحال فلا يقبل التكذيب فصار كالوكيل قبل العزل اذا قال بعته امس وان قال بعد انقضاء العدة فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال لانه لا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة فصار كالوكيل بعد العزل اذا قال كنت قد بعته وكذبه الموكل ولا يمين عليهما عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يستحلف وهذه من المسايل المعروفة التي لا يجري فيها الاستحلاف عند ابي حنيفة قد ذكرها في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى فان اقام الزوج بينة قبلت بينته وتثبت الرجعة لان الشهادة قامت على الرجعة في العدة فتسمع ولو كانت المطلقة امة العبد فقال

الزوج بعد انقضاء العدة فقد كنت راجعتك فكذبته الامة وصدقه المولى
فالقول قولها ولا تثبت الرجعة عند ابي حنيفة وعندهما القول الزوج
والمولى وتثبت الرجعة لانها ملك المولى ولابي حنيفة ان انقضاء
عدتها اخبار منها عن حال حيضها وذلك اليها لا الى المولى كالحرة
فان قال الزوج قد راجعتك فقالت المراة صدقت له قد انقضت
عدتي فالقول قولها عند ابي حنيفة مع يمينها وقال ابو يوسف
ومحمد القول قول الزوج واجمعوا على انها ان سكتت ساعة ثم
قالت انقضت عدتي يكون القول قول الزوج لاختلاف ايضا في انها
انها اذا ابانت فقالت انقضت عدتي فقال الزوج كنت راجعتك
موصولا بكلامها راجعتك يكون القول قولها وجه قولهما ان قول
الزوج راجعتك وقع رجعة صحيحة لقيام العدة من حيث الظاهر
فكان قول المراة انقضت عدتي اخبارا عن انقضاء العدة ولا عدة لبطلا
بالرجعة فلا يسمع كما لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتي ولان
قولها انقضت عدتي ان كان اخبارا عن انقضاء العدة في زمان
متقدم على قول الزوج لا يقبل بالاجماع كما لو اسندت الخبر عن انقضاء
العدة نصا بان قالت كانت عدتي قد انقضت قبل رجعتك لكونها
متهمة في التاخير في الاخبار وان كان ذلك اخبارا عن انقضاء العدة
في زمان مقارن لقول الزوج فهذا ادرفلا يقبل قولها ولابي حنيفة
ان المراة امينة في الاخبار عن انقضاء العدة فان الشرع ايتمنها في هذا
الباب قال الله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن
ان كن يؤمن بالله واليوم الاخر فيل في التفسير انه الحيض والحبل عما
هن عن الكتمان والنهي عن الكتمان امر بالاظهار اذ النهي عن الشيء
امر بضده والامر بالاظهار امر بالقبول ليتحقق فايدة الاظهار فيلزم
قبول قولها وخبرها بانقضاء العدة وهي صغيرة فقول خبرها
بانقضاء العدة انقضاء العدة ثم ان كانت عدتها انقضت قبل قول

الزوج راجعتك فقوله راجعتك يقع بعد انقضاء عدتها فلا يصح وان
كانت انقضت حال قوله راجعتك فيقع قوله راجعتك حال انقضاء العدة
وكما لا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة لا يصح حال انقضاء العدة فلا
يصح فان قيل يحتمل ان العدة حال انقضائها منقضية فكان ذلك رجعة
لمنقضية العدة فلا تصح فان قيل يحتمل انها انقضت حال اخبارها
عن الانقضاء واخبارها متاخر عن قوله راجعتك فكان انقضاء العدة
متاخرا عنه ضرورة فتصح الرجعة والجواب اذا احتمل ما قلنا واحتمل
ما قلتم وقع الشك في صحة الرجعة والاصل ان ما لم يكن ثابتا اذا
الشك في ثبوته لا تثبت مع الشك والاحتياط خصوصا فيما يحتاط فيه
لا سيما اذا كانت جهة الفساد اكثر وها هنا جهة الفساد اكثر لانها
تصح من وجه وتفسد من وجهين فالولى ان لا يصح والله الموفق ثم عند
ابي حنيفة يستحلف واذا نكلت يقضي بالرجعة وهذا يشكل على اصله لان
الاستحلاف للنكول بدل عنه والرجعة لا تحتمل البدل لان الاستحلاف قد
يكون للنكول ليقضي به وقد يكون لا للنكول بل لنفي التهمة بالحلف الا ترى
انه يستحلف عنده فيما لا يقضي بالنكول اصلا كما في دعوى القصاص
في النفس لنفي التهمة بالحلف والمراة وان كانت امينة لكن الامين قد
يستحلف لنفي التهمة بالحلف فاذا نكلت فقد تحققت التهمة فلم يبق قوله
حجة فتثبت الرجعة على حالها لاستصحاب الحال لعدم دليل الزوال لا
لانه جعل نكولها بدلا عنها انه عين تحقيق معنى البدل ها هنا لما
ذكرنا انما بالنكول صارت متهمة فخرج قولها من ان يكون حجة بالتهمة
فبقي العدة واثرها في المنع من الازواج والكون في منزل الزوج فقط
ثم يقضي بالرجعة حكما لاستصحاب الحال لانها باخبارها بانقضاء عدتها
حلت للازواج فاذا نكلت فقد بذلت الامتناع من الازواج والكون في
منزل الزوج وهذا المعنى يحتمل البدل وصار عدم شرط الخيار حتى
لو شرط الخيار في الرجعة لم يصح لانها استفيدت النكاح ولا يحتمل لشرط

الخيار كما لا عقيلة الانشا ومنها ان يكون احد نوعي ركن الرجعة وهو القول منه
لا منها حتى لو قالت الزوجة راجعتك لم تصح لقوله تعالى وبعولتهن
احق بردهن اي احق برجعتهن من نسائهن ولو كانت لها ولاية الرجعة اصلا
الا ان جواز الرجعة بالفعل منها عرفنا بدليل اخر وهو ما بينا واما
رضا المراة فليس بشرط لجواز الرجعة وكذا المهر لقوله تعالى وبعولتهن
احق بردهن مطلقا عن شرط الرضى والمهر ولانه لو شرط الرضى والمهر
ولانه لو شرط الرضى والمهر لم يكن الزوج احق برجعتها منها لانه لا يملك
بدون رضاها والمهر يؤدي الى الخلف في خبر الله تعالى وهذا لا يجوز ولان
الرجعة شرعت لامكان الله اراك عند الندم فلو شرط رضاها لا يمكنه التدارك
لانها عسى لا ترضا وعسى لا يجد الزوج المهر وكذا كون الزوج طايعا وجارا
وعامدا ليس بشرط لجواز الرجعة فتصح مع الاكراه والهزل والهبث
والخطا لان الرجعة استبقا النكاح والدوام لا الانشا ولم يشترط
هذه الاشيا للانشا فلان لا يشترط للاستبقا اولى وقد روي في بعض
الروايات ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة

فصل واما حكم الطلاق البائن فالطلاق البائن نوعان احدهما
الطلقات الثلاث والثاني الطلقة الواحدة الثانية والثنتان الثانيتان
ويختلف حكم كل واحدة من النوعين وجملة الكلام فيه ان الزوجين
لا يخلوا اما ان كانا حرين واما ان كانا مملوكين واما ان كان احدهما حرا
والاخر مملوكا فان كانا حرين فالحكم الاصلي لما دون الثلاث من الواحدة
البائنة والثنتين البائنتين وهو نقصان عدد الطلاق وزوال الملك
ايضا حتى لا يحل له وطيها الا بنكاح جديد ولا يصح ظهاره وايلاؤه ولا
يجري اللعان بينهما ولا يجري التوارث ولا يحرم حرمة غليظة حتى
يجوز له نكاحها من غير ان تتزوج بزوج اخر لان ما دون الثلاث وان
كان بائنا فايما زوال الملك لا زوال حل المحلية واما الطلقات الثلاث
فحكمها الاصلي هو زوال الملك وزوال حل المحلية ايضا حتى لا يحل له نكاحها

قبل

قبل التزوج بزوج اخر لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره وسوا طلقها ثلاثا جملة واحدة او متفرقة لان اهل التاويل اختلفوا
في موضع الطلقة الثالثة من كتاب الله تعالى قال بعضهم هو قوله تعالى فلا تحل
له من بعد حتى تنكح زوجا غيره بعد قوله الطلاق مرتان فامساك بمعروف
او تسريح باحسان وقال الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالا
هو ان يتركها حتى تنقضي عدتها وقال بعضهم هو قوله تعالى او تسريح
باحسان والتسريح هو الطلقة الثالثة وعلى ذلك جا الخبر وكذلك جايز
محتمل على ان كان التسريح هو تركها حتى تنقضي عدتها كان تقدير
قوله فان طلقها اي طلقها طلاقا ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره وانما تنتهي الحرمة ويحل للزوج الاول منها النكاح وهو ان تنكح
زوجا غيره لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره نفي الحل ومد النفي الى غاية
التزوج بزوج اخر والحكم الممدود الى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية
فلا تنتهي الحرمة قبل التزوج فلا يحل التزوج للاول قبله ضرورة وعلى
هذا يخرج ما اذا وطيها انسان بالزنا او بشبهة انها لا تحل لزوجها الاول
لعدم النكاح وكذا اذا وطيها المولى بملك اليمين بان حرمت امته المنكوحة
على زوجها حرمة غليظة وانقضت عدتها فوطيها المولى لا تحل لزوجها
لان الله تعالى نفى الحل الى غاية النكاح فلا ينتهي النفي قبل وجود النكاح
ولم يوجد وكذا روي عن علي رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة ليس
بزوج يعني المولى وقد روي عن عثمان انه سئل عن ذلك وعنده علي
وزيد بن ثابت رضي الله عنهم فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو
زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وقد روي انه قال ليس بزوج
وكذا ان اشترتها الزوج قبل ان تنكح زوجا غيره لم تحل له بملك اليمين
وكذا اذا اعتقت لما قلنا **فصل** ومنها ان يكون النكاح صحيحا
الثاني حتى لو تزوجت رجلا نكاحا فاسدا ودخل بها لا تحل للاول
لان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ومطلق النكاح يصرف الى

الي ما هو نكاح حقيقة ولو كان النكاح الثاني مختلفا في فساده لاتحل
للاول عند من يقول بفساده لما قلنا فان تزوجها بزوج اخر ومن
نيتهما التحليل فان لم يشترط ذلك بالقول وانما نوياه ودخل بها عالي
هذه النية فحلت للاول في قولهم جميعا لان مجرد النية في المعاملات غير
معتبر فوقع النكاح لاستجماع شرائط الصحة فتحل كما لو نويا التوقيت
وسائر المعاني المفسدة وان شرطا الاحلال بالقول وانه تزوجها لذلك
وكان الشرط منهما فنكاح صحيح عند ابي حنيفة وزفر ويحل للاول
ويكره للثاني والاول وقال ابو يوسف النكاح الثاني فاسد فان وطيها
لم تحل للاول وقال محمد النكاح الثاني صحيح ولا تحل للاول قول ابو
يوسف ان النكاح لشرط الاحلال في معنى النكاح الموقت وشرط //
التوقيت في النكاح يفسده والنكاح الفاسد لا ينتج به التحليل ولمحمد
ان النكاح عقد مؤبد فكان شرط للاحلال استعجال ما اجله الله تعالي
لعوض الحل فتبطل الشرط ويبقي النكاح صحيحا لكن لا تحصل به الفرقة من
قبل مورثه انه حرمها الميراث لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله
ان عمومات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بينما اذا شرط فيه //
الاحلال اولا فكان النكاح بهذا الشرط نكاحا صحيحا فيدخل تحته
قوله تعالي حتي تنكح زوجا غيره فتنتهي الحرمة عند وجوده الا انه
كره النكاح بهذا الشرط لغيره وهو انه شرط ينافي المقصود من النكاح
وهو السكن والتوالد والتناسل وذلك يقف علي البقاء والدوام علي
النكاح وهذا والله اعلم معني الحاق اللعن بالمحلل في قوله صلي الله //
عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له واما الحاق اللعن بالزوج الاول
وهو المحلل له فيحتمل ان يكون لوجهين احدهما انه سبب لمباشرة الزوج
الثاني هذا النكاح علي قصد الفراق والطلاق وتحقيق ما وضع له والمسبب
شريك المباشرة في الاثم والثواب في التسبب للطاعة والمعصية والثاني
انه باشر ما يفضي الي الذي ينفر منه الطباع السليمة ومكرمة من

عودها

عودها اليه بعد بغداجة غيره اياها واستثناءه بها وهو الطلقات الثلاث
انه لو لا ما لم وقع منه فكان الحاق اللعن لاجل الطلقات الثلاث والله اعلم
واما قول ابي يوسف ان التوقيت في النكاح مفسد للنكاح فنقول المفسد
له هو التوقيت نصا لانه يزعم ان كل نكاح موقت فانه يتوقت بالطلاق
وبالموت وغيرهما ولم يوجد التوقيت نصا فلا يفسد وقول محمد انه استعجال
ما جعله الله تعالي ممنوع فان استعجال ما جعله الله تعالي لا تصور لان
الله تعالي اذا ضرب لامر اجلا لا يتقدم ولا يتاخر فاذا طلقها الزوج
الثاني تبين ان الله تعالي اجل هذا النكاح اليه ولهذا قلنا ان المقتول
ميت باجله خلافا للمعتزلة والله الموفق ومنها الدخول من الزوج
الثاني فلا تحل لزوجها الاول بالنكاح الثاني حتي يدخل بها وهذا
قول عامة العلماء وقال سعيد بن المسيب تحل بنفس العقد واحتج
بقوله تعالي فان طلقها فلا تحل له من بعد حتي تنكح زوجا غيره والنكاح ج
هو العقد وان كان يستعمل في العقد والوطي جميعا عند الاطلاق لكنه
يصرف الي العقد عند وجود القرينة وقد وجدت لانه اضاف النكاح
الي المرأة بقوله حتي تنكح زوجا غيره والعقد يوجد منها كما يوجد
من الرجل فاما الجماع فانه يقوم بالرجل واحده والمرأة محله فانصرف
الي العقد بهذه القرينة فاذا وجد العقد ينتهي الحرمة بظاهر
النص ولنا قوله تعالي فان طلقها فلا تحل له من بعد حتي تنكح زوجا
غيره والمراد من النكاح الجماع لان النكاح في اللغة هو الضم وحقيقة
الضم في الجماع وانما العقد سبب داع اليه فكان حقيقة للجماع مجازا
للعقد مما اذا لو حملناه علي العقد لكان مكررا لان معني العقد يفيده
ذكر الزوج فكان الجماع اولي بنفي قوله انه اضاف النكاح اليها والجماع
مما يصح اضافته الي الزوجين لوجود معني الاجتماع منهما حقيقة فاما
الوطي فمحل الرجل حقيقة لكن اضافة النكاح اليها من حيث هو منضم //
وجمع لا من حيث هو وطي ثم ان كان المراد من النكاح في الآية هو العقد

فالجماع مضمر فيه عرفنا ذلك بالحديث المشهور وضرب من المعقول اما
الحديث فما روينا عن عائشة رضي الله عنها ان رفاعة القرظي طلق
امرأته فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فاتت رسول الله صلى الله //
الله عليه وسلم فقالت ان رفاعة طلقني وبت طلاقي فتزوجني عبد
الرحمن بن الزبير ولم يكن عنده الا كهدبة بهذا الثوب فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اتريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى
تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وعن ابن عمر وانس رضي الله
عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحديث ولم يذكروا قصة
امرأة رفاعة وهو ما روي عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم //
وهو على المنبر سئل عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها غيره فاغلق
الباب وارخى الستر وكشف الخمار ثم فارقها فقال صلى الله عليه وسلم
لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر واما المعقول فهو ان الحرمة
الغليظة انما تثبت عقوبة للزوج الاول بما اقدم على الطلاق الثلاث
الذي هو مكروه شرعا زجرا وصيانة لذلك الكي اذا تفكر حرمتها عليه
الا بزوج اخر الذي تنفر عنه الطباع السليمة وتكرهه انزجر عن ذلك
ومعلوم ان العقد لنفسه لا تنفر عنه الطباع ولا تكرهه اذ لا يشتد على
على المجرد النكاح ما لم يتصل به الجماع فكان الدخول شرطا فيه ليكون
زجرا له ومنعا عن ارتكابه فكان الجماع مضمرا في الآية كانه قال حتى
تنكح زوجا غيره ويجامعها والله اعلم واما الانزال فليس من شرط
الاحلال لان الله تعالى جعل الجماع غاية الحرمة والجماع في الفرج
هو التقاء الختانين فاذا وجد فقد انتهت الحرمة وسواء كان الزوج
الثاني بالغا او صبيا يجامع مجامعها او مجنونا يجامعها لقوله تعالى
حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين زوج وزوج ولان وطء
الصبي والمجنون تتعلق به احكام النكاح من المهر والتحريم كوطء
البالغ العاقل وكذلك الصغيرة التي يجامع مثلها اذا اطلقنا زوجا

ثلاثا

ثلاثا ودخل بها الزوج الثاني حلت للاول لاطلاق قوله تعالى فان
طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولان وطيها تتعلق
به احكام الوطي من المهر والتحريم فصار كوطي البالغة رجلا كان
الزوج الثاني حرا او عبدا فتا او مدبرا او مكاتبا بعد ان تزوج باذن
مولاه ودخل بها لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره مطلقا من غير
فصل ولان احكام النكاح تتعلق بوطئها لا كما تتعلق بوطي الحر وكذا
اذا كان مسلولا لا ينتشر له ويجامع لوجود الجماع في النكاح الصحيح
وانما الفائت هو الانزال وذا ليس بشرط كالفحل اذا جامع ولم ينزل واما
المجبوب فانه لا يحلها للاول لانه لا يتحقق منه الجماع وانما يوجد منه التحنن
والملاصقة والتحليل يتعلق بالجماع وانه اسم لالتقاء الختانين ولم يوجد
فلا يحل للاول وان حملت امرأة المجبوب وولدت هل تحل للاول قال ابو
يوسف حلت للاول وكانت محصنة وقال زفر لا تحل للاول ولا تكون
محصنة وهو قول الحسن وجه قول زفر ظاهر لان ثبوت النسب ليس
بشرط حقيقة بل يقام مقام الوطي حكما والتحليل متعلق بالوطي
حقيقة لا حكما كالخلوة فانها لا تفيد الحل وان اقيمت مقام الوطي حكما
كذا هذا ولان النسب يثبت من صاحب الفراش مع كون المرأة زانية
حقيقة لكونه مولودا على الفراش والتحليل لا يتم بالزنا ولابي يوسف
ان النسب ثابت منه وثبوت النسب حكم الوطي في الاصل فصار كالدخول
وسواء كان الزوج الثاني في حيض او نفاس او صوم او احرام لوجود الدخول
في النكاح الصحيح ولو كانت كتابية تحت مسلم طلقها ثلاثا فتحللت كما بينا
نكاحا يقران عليه لو اسلما ودخل بها قائما تحل لزوجها الاول لوجود
الدخول في النكاح الصحيح في حقهم لانهم يقرون عليه بعد الاسلام فصار
كنكاح المسلمين وسواء كانت المرأة مطلقة من زوج واحد او من زوجين
او اكثر من ذلك بان طلق الرجل امرأته فتزوجت بزوج اخر فطلقها
الثاني قبل ان يدخل بها ثلاثا ثم تزوجت زوجا ثانيا ودخل بها حل

للاولين لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
حمل الزوج الثاني على المحرمة من غير فصل بينهما اذا حرمت على
زوج واحدا واكثر ثم وطي الزوج الثاني هل يهدم ما كان في ملك الزوج
الاول من الطلاق لا خلاف في انه يهدم الثلاث وهل يهدم ما دون الثلاث
قال ابو حنيفة وابو يوسف يهدم وقال محمد لا يهدم وبه اخذ الشافعي
وقد ذكرنا الحجج والشبه فيما تقدم واذا طلق الرجل امراته ثلاثا فغابت
عنه مدة ثم اتته فقالت قد تزوجت زوجا غيرك ودخل بي وانقضت
عدتي قال محمد رحمه الله لا بأس بان يتزوجها ويصدقها اذا كانت
عنده ثقة او وقع في قلبه انها صادقة لان هذا من باب الديانة وخبر
العدل في باب معقول رجلا كان او امراة كما في الاخبار عن طهارة الماء
والنجاسة وكما في رواية الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو
تزوجها ولم تخبره بشيء فلما وقع قالت لم اتزوج زوجا غيرك او
قالت تزوجت ولم يدخل بي او قالت قد دخل بي وجامعني فيما دون
الفرج وكذبها الاول وقال قد دخل بك الثاني لم يذكر هذا في ظاهر الرواية
وذكر الحسن بن زياد ان القول قول المراة في ذلك لان هذا الامر لا يعلم
الا من جهتها فكان القول قولها كما في الخبر عن الحيض والحبل وقد
اشكال وهو انه انما يكون القول قولها اذا لم يسبق منها ما يكذبها في قولها
وهو اقدامها على النكاح من الزوج الاول لان شيء من ذلك لا يجوز الا بعد
التزوج بزوج اخر والدخول به فكان فعلها ناقضا لقولها فلا يقبل
وان كان الزوج هو الذي قال لها لم تتزوجي وقال لم يدخل بك
الثاني وقالت المراة قد دخل بي قال الحسن فالقول قول المراة وهذا
صحيح لما ذكرنا ان هذا انما يعلم من جهتها ولم يوجد منها دليل التناقض
فكان القول قولها قال ويفسد النكاح ولها نصف المسمى ان كان لم يدخل
بها والكل ان كان دخل بها لان الزوج معترف بالحرمة وقوله فيما يرجع
الى الحرمة مقبول لانه يملك انشاء التحريم فكان اعترافه لفساد النكاح بمنزلة

انشا

انشاء الفرقة فيقبل قوله فيه ولا يقبل في اسقاط حقها عن المهر والله اعلم
ولو كان الزوجان مملوكين فحكم الواحدة البائنة لا يختلف واما حكم الثنتين
فحكمها في المملوكين ما هو حكم الثلاث في الحرتين بلا خلاف لقول النبي
صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقوله يطلق
العبد ثنتين وان كان احدهما حرا والاخر مملوكا فيعتبر فيه جانب النساء
عندنا وعند الشافعي هي على جانب الرجال بنا على ان اعتبار الطلاق
بهن لا بهم عندنا وعندهم لا بهن والمسئلة قد تقدمت والله الموفق للصواب
فصل هذا الذي ذكرنا بيان الحكم الاصلي للطلاق واما الذي هو
من التوابع فنوعان نوع يعم الطلاق المعين والمبهم فوجوب العدة
على بعض المطلقات دون بعض وهي المطلقة المدخول بها والكلام
في العدة في مواضع في تفسير العدة في عرف الشرع وبيان وقت وجوبها
وفي بيان انواع العدد وسبب وجوب كل نوع ومحله وشرط
وجوبه وفي بيان مقادير العدد وفي بيان ما يرد به انقضاء العدة
وفي بيان انتقال العدة وتغيرها وفي بيان احكام العدة اما تفسير العدة
فالعدة في الشرع اسم لاجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح وهذا
عندنا وعند الشافعي هي اسم لفعل التربص وعلى هذا يبتني العددان
اذا وجبتا اعني ما تبتدأ خلان سواء كانتا من جنس واحد او من جنسين
وصورة الجنس الواحد المطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطيها الزوج ثم
تتاركا حتى وجبت عليها عدة اخرى فان العدتين تبتدأ خلان عندنا
وصورة الجنسين المختلفين المتوفى عنها زوجها اذا وطيت بشبهة
ثم اخلت ايضا وتعتد بما رأته من الحيض في الاشهر من عدة الوطء عندنا
وقال الشافعي تحتسب في العدة الاولى فاذا انقضت استأنفت الاخرى
احتج بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وقوله
والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة
وعشرا وقوله ويعولهن احق بردهن في ذلك اي في التربص ومعلوم

ان الزوج انما يملك الرجعة في العدة دل ان العدة تربص سمي الله تعالى
العدة تربصا وهو اسم للفعل وهو فعل الكف والفعل اذا كان من جنس
واحد لا تباين باحدهما كالكف في باب الصوم وغير ذلك ولنا قوله
تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ اجله سمي العدة اجلا لكونه
وقتا محدودا بانقضاء ما بقي من آثار النكاح والاجال اذا اجتمعت
تنقضي بمدة واحدة كالاجال في باب الديون والدليل على انها اسم
للاجل لا للفعل انها تنقضي من غير فعل بان لم يجتنب عن محظورات
العدة حتى انقضت المدة ولو كانت فعلا لما تصور انقضاؤها مع
ضدها وهو الترك وهو الاثبات فالتربص هو التثبت والانتظار
قال الله تعالى فتربصوا به حتى حين وقال يتربصن بكم الدوائر
وقال فتربصوا انا معكم متربصون والانتظار في الاجال فالمعتدة
تنتظر انقضاء العدة بر وبه تبين ان التربص ليس هو فعل
الكف على انا ان سلمنا انه كف لكنه ليس بركن في الباب بل هو تابع بدليل
انه تنقضي العدة بر وبه على ما بينا وكذا تنقضي بدون العلم به ولو
كان ركنا لما تصور الانقضاء بدونه وبدون العلم به وعلى هذا يبنى
وقت وجوب العدة انما تجب من وجوب وجود سبب الوجوب
من الطلاق والوفاة وغير ذلك حتى حتى لو بلغ المرأة طلاق زوجها
او موته فعليها العدة من يوم طلق ومات عند علمائنا الاربعة وعامة
الصحابة وحكي عن علي رضي الله عنه انه قال في يوم يأتيها الخبر وجه
النبأ على هذا الاصل ان الفعل لما كان ركنا عنده فايجاب الفعل على من لا علم
له ولا سبيل الوصول الى العلم به ممتنع فلا يمكن ايجابه الا من وقت بلوغ
الخبر لانه وقت حصول العلم به ولما كان الركن هو الاجل عندنا وهو معنى
الزمان لا تتقيد وجوبه على العلم به كمضي سائر الاوقات ثم قد بينا
انه لا تكليف على فعلها اصلا وهو الكف فانها لو علمت فلم تكف ولم
تجتنب ما يجتنب المعتدة حتى انقضت المدة انقضت عدتها

واذا

واذا لم تكلف على فعلها فلان لا تكلف على علمها بالاولى وما روي عن علي
رضي الله عنه محمول على انها لا تعلم وقت الموت فامرها بالاخذ
باليقين وبه نقول وقد روي عنه في العدة انها من وقت الطلاق
مثل قول العامة فاما ان يحمل على الرجوع او على ما قلنا واما بيان
انواع العدد فالعدد في الشرع انواع ثلاثة عدة الاقراء وعدة الا شهر
وعدة الحبل اما عدة الاقراء فلوجوبها اسباب منها المعرفة في
النكاح الصحيح سواء كانت بطلاق او بغير طلاق وانما تجب هذه
العدة لاستبراء الرحم وتعرف براءتها عن الشغل بالولد لانها لو لم
تجب ويحتمل انها حملت من الزوج الاول فتتزوج بزوج اخر
وهي حامل من الزوج الاول فيطأها الزوج الثاني فيصير سائقا
ماءه زرع غيره وقد نهى رسول الله عن ذلك بقوله من كان يؤمن
بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وكذا اذا جاءت بولد
يشتبه النسب فلا يحصل المقصود ويضيع الولد لعدم التربي والنكاح
سببه فكان تسببا الى هلاك الولد وهذا لا يجوز فوجبت العدة
ليعلم براءة الرحم وشغله فلا يودي الى هذه العواقب الو خيمة
وشرط وجوبها الدخول او ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة
في النكاح الصحيح دون الفاسد فلا تجب بدون الدخول والخلوة
الصحيحة لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ولان وجوبها
بطريق استبراء الرحم على ما بينا والحاجة الى الاستبراء بعد الدخول
لا قبله الا ان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح اقيمت مقام النكاح
في وجوب العدة لانها اقيمت مقامه في تأكد المهر الذي هو خالص حق
العبد فلان يقام مقامه في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى اولى لان
حق الله تعالى محتاط في ايجابه ولان التسليم الواجب في النكاح قد حصل

بالخلوة الصحيحة انما اقيمت مقام الدخول في وجوب العدة مع انها
ليست بدخول حقيقة لكونها مناسبا مفضيا اليه فاقيمت مقامه
احتياطا اقامة للسبب مقام المسبب فيما يحتاط فيه والخلوة في النكاح
الفاسد لا تفضي الى الوطء لوجود المانع وهو فساد النكاح وحرمته
فلم توجد الخلوة حقيقة اذ لا يتحقق الا بعد انتفاء الموانع او وجدت بصفة
الفساد فلا تقوم مقام الدخول وكذا التسليم الواجب بالعقد لم يوجد
لان النكاح الفاسد لا يوجب التسليم فلا تجب العدة واما الخلوة الفاسدة
في النكاح الصحيح فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيه في كتاب النكاح وسواء
كانت المطلقة حرة او امة قنة او مدبرة او مكاتبة او
مستسعاة لا يختلف اصل الحكم باختلاف الرق والحرية لان ما وجبت
له لا يختلف باختلافهما وانما يختلف القدر لما بين والكلام في القدر
يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى ولحق الزوج قال الله تعالى فما لكم
من عدة تعتدونها والكتابية مخاطبة بحقوق العباد فتجب عليها
العدة ويجب عليها لاجل حق الزوج والولد لا عبرة باعتقادها في
حقوق العباد وان كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في العراق ولا
في الموت في قول ابي حنيفة اذا كان كذلك في دينهم حتى لو تزوجت
في الحال جاز وعند ابي يوسف ومحمد عليها العدة وذكر الكرخي في جامعه
في الذمية تحت ذمي اذا مات عنها او طلقها تزوجت في الحال جاز الا ان
تكون حاملا فلا يجوز نكاحها وجه قولهما ان الذمية من اهل دار الاسلام
الا ترى انه يجري عليهم سائر احكام الاسلام كذا هذا الحكم ولابي حنيفة
انه لو وجبت عليها العدة اما ان تجب لحق الله تعالى او لحق الزوج
ولا سبيل الى ايجابها لحق الله تعالى لان الزوج لا يعتقده حقا لنفسه
ولا سبيل الى ايجابها لحق الله تعالى لان المعنى فيها معنى العقوبة
وهي غير مخاطبة بالعقوبات الا ترى انها اذا كانت حائضا لا تمنع من التزوج لان

وطيء

وطيء الزوج الثاني يوجب اشتباه النسب وحفظ النسب من الولد واجب
ابطال حقه فكان على الحاكم استيفاء حقه بالمنع من التزوج والعدة على
المهاجرة في قول ابي حنيفة وعندهما عليها العدة والمسئلة مرت
في كتاب النكاح فان جاء الزوج مسلما فتركها في دار الحرب فلا عدة
عليها في قولهم جميعا لان على اصل ابي حنيفة الكافرة يلزمها العدة
لجريان احكامنا على اهل الذمة ولا يجري حكمنا على الحربية ولا عدة على
الزانية جاهلا كانت او عالمة حاملا لان الزنا لا يتعلق به ثبوت النسب
ومنها المعرفة في النكاح الفاسد بتفريق القاضي او بالمتاركة وشرطها
الدخول لان النكاح الفاسد يجعل منعقدا عند الحاجة وهو استيفاء
المنافع وقد مست الحاجة الى الانعقاد لوجوب العدة صيانة للماء
عن الضياع بثبوت النسب وتجب هذه العدة على الحرة والامة و
المسلمة والكتابية لان الموجب لا يوجب التفصل ويستوي فيها الموت
والفرقة لان وجوب هذه العدة على وجه الاستبراء وقد مست الحاجة
الى الاستبراء الوجود الوطء فاما عدة الوفاة فانما تجب لمعنى آخر
وهو الحداد والحزن على ما قالوا انما تجب لحرمة النكاح على ما يذكر والنكاح الفاسد
ليس بنكاح على الحقيقة فلم يكن لحرمته ثم يعتبر الوجوب في الفرقة من
وقت الفرقة وفي الموت من وقت الموت عندنا خلافا للثلاثة وعند زفر
من آخر وطيء وطيها والمسئلة مرت في كتاب النكاح ومنها الوطء عن
شبهة النكاح بان زفت اليه غير امرأته فوطيها لان الشبهة تقام مقام
الحقيقة في موضع الاحتياط وايجاب العدة في باب الاحتياط ومنها عتق
ام الولد ومنها موت مولاها بان اعتقها مولاها او مات عنها وسبب
وجوب هذه العدة زوال الفراش وهذا عندنا وعند الشافعي لا عدة عليها
وانما عليها الاستبراء بحيضة واحدة وسبب وجوبها عنده زوال ملك
اليمين ويذكر المسئلة في بيان مقادير العدد ان شاء الله تعالى **فصل**
واما عدة الاشهر فنوعان نوع يجب بدلا عن الحيض ونوع يجب اصلا بنفسه

اما الذي بدلا من الحيض فمنوعدة الصغيرة والايسة والمراة التي
لم تحض راسا في الطلاق وسبب وجوبها هو الطلاق ما هو سبب
وجوب الاقراء اعنا تجب فيما تحت النكاح الذي استوفى فيه المقصود
وشرط وجوبها شيآن احدهما احد الاشيآ الثلاثة الصغر والكبر وفقد
الحيض اصلا مع عدم الصغر والكبر والاصل فيه قوله تعالى واللاي
ييسن من المحيض من نسايكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاي
لم يحضن والثاني الدخول او ما هو في معناه وهو الخلوة الصحيحة
في النكاح الصحيح لعموم قوله تعالى ياايها الذين امنوا اذا نكحتم المو
ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها
من غير تخصيص الا ان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح الحقت
بالدخول في حق وجوب العدة لما ذكرنا اعنا الحقت به في حق
تاكد كل المهر ففي وجوب العدة اولى احتياطا وتجب هذه العدة على
الحرة والامة اصل الوجوب لان ما وجبت له لا يختلف وهو ما بينا وانما
يختلفان في مقدار الواجب على ما نذكر وكذا يستوي فيها المسلمة
والكتابية لعموم النص وكذا المعنى الذي وجبت له لا يتفصل واما الذي
يجب اصلا بنفسه فمنوعدة الوفاة وسبب وجوبها الوفاة قال الله
تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا وانما تجب لاظهار الحزن لفوت نعمة النكاح اذا النكا
كان نعمة عظيمة في حقها فان الزوج كان سبب صيانتها وعفافها
وتقاعيا بالنفقة والكسوة والسكن فوجبت عليها العدة اظهارا
للحزن لفوت النعمة وتقريبا لقدرها وشرط وجوبها النكاح الصحيح
فقط فتجب هذه العدة على المتوفى عنها زوجها سواء كانت مدخولا
بها او غير مدخول بها وسواء كانت ممن تحيض او ممن لا تحيض
لعموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ولما ذكرنا انما تجب اظهارا للحزن لفوت

نعمة

نعمة النكاح اذ النكاح كان نعمة عظيمة في حقها فان الزوج كان سبب
صيانتها وعفافها وتقاعيا بالنفقة والكسوة والسكن فوجبت عليها
العدة على المتوفى عنها زوجها سواء كانت مدخولا بها وسواء كانت ممن
تحيض او ممن لا تحيض لعموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ولما ذكرنا انما تجب
اظهارا للحزن لفوت نعمة النكاح وقد وجد وانما شرطنا النكاح الصحيح
لان الله تعالى اوجبها على الازواج لا يصير زوجا حقيقة الا با
لنكاح الصحيح وسواء كانت مسلمة او كتابية تحت مسلم لعموم النص
ولوجود المعنى الذي وجبت له وسواء كانت حرة او امة او مدبرة او ام
او مستسعاة لا يختلف اصل الحكم وانما يختلف
المقدار لما نذكر فصل واما عدة الحبل فهي هوه الحمل وسبب وجوبها
الفرقة او الوفاة لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
اي انقضا اجلهن ان يضعن حملهن واذا كان انقضا اجلهن بوضع
حملهن كان اجلهن مدة حملهن وهذه العدة انما تجب ليلا
يصير المتزوج بها ساقيا ماء زرع غيره وشرط وجوبها ان
يكون الحمل من النكاح صحيحا كان او فاسدا لان الوطي في النكاح
الفاسد يوجب العدة ولا تجب على الحامل من الزنا لان الزنا لا يو
العدة الا انه اذا تزوج امراة وهي حامل من الزنا حتى جاز النكاح عند
ابي حنيفة ومحمد لا يجوز له ان يطاها ما لم تضع ليلا يصير ساقيا
ماه زرع غيره فصل واما بيان مقادير العدد وما تنقضي به فاما عدة
الاقراء ان كانت المراة حرة فعدتها ثلاثة قروء لقوله تعالى والمطلقا
يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء سواء وجبت بالفرقة في النكاح الصحيح
او بالفرقة في النكاح الصحيح او بالفرقة في النكاح الفاسد او بالوطي
عند شبهة النكاح لما ذكرنا ان النكاح الصحيح او بالفرقة في النكا
الفاسد بعد الدخول يجعل منعقدا في حق وجوب العدة ويلحق به شبه

فيه وشبهة النكاح ملحقه بالحقيقة فيما يحتاط فيه فالنص الوارد
في المطلقة يكون وارد فيهما وكذلك ام الولد اذا عتقت باعتاق
المولى او بموته فانها تعتد بثلاثة قروء عندنا وقال الشافعي تعتد بحيضة
واحدة وجه قوله ان هذه العدة لم تجب بزوال ملك اليمين فكان
وجوبها بطريق الاستبراء فيكتفي بحيضة واحدة كما في استبراء المملوكة
ولنا ما روي عن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم قالوا عدة ام
الولد ثلاث حيض وهذا نص وبه تبين ان الواجب عدة وليس
باستبراء لانهم سموه عدة والعدة لا تعتد بحيضة واحدة والدليل
على انها عدة انه تجب على الحرة والحرة لا يلزمها الاستبراء واذا كان عدة لا
يجوز تقديرها بحيضة واحدة كسائر العدد ولان هذه العدة تجب
بزوال الفراش الثابت بالنكاح وهو النكاح الفاسد مقدرة بثلاثة
قروء لهذا استوى في الواجب عليها الموت والعتق كما في النكاح الفاسد
وعدة المستحاضة وغيرها سوا وهي ثلاثة اقراء بموم النص وان كانت
امراة فقران عند عامة العلما وقال بقياه القياس ثلاثة قروء كعدة
الحرة واحتجوا بعموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن
ثلاثة قروء من غير تخصيص الحرة ولنا الحديث المشهور وهو ما روي
عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وقال عمر رضي
الله عنه عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة واحدة و
نصف حيضة وبه تبين ان الاما مخصوصات من عموم ما تلوناه من
الكتاب وتخصيص الكتاب بالخبر المشهور جايز بالاجماع ولان العدة
حق من حقوق النكاح مقدر فيورث الرق في تنصيفه كالقسم كان ينبغي
ان يتنصف بتقدير بحيضة ونصف كما اشار اليه عمر رضي الله عنه
الا انه لا يمكن لان الحيضة الواحدة لا تتجزى فتكامل ضرورة وسوا
كان زوجها حرا او عبدا بالاجماع لان العدة تعتبر بالنساء بالاجماع
وستوي في مقدار هذه العدة المسلمة والكتابية الحرة كالحرة

والامة

والامة كالامة لان الدليل لا يوجب الفصل ثم اختلف اهل النبلة فيما
تنقضي به هذه العدة انه للحيض ام الاطهار قال اصحابنا رحمهم الله
انه للحيض وقال الشافعي في الاظهار وفايدة الخلاف ان من طلق امراته
في حالة الطهر لا يحتسب بذلك الطهر من العدة عندنا حتى لا تنقضي
عدتها ما لم تحض ثلاث حيض بعده وعنده يحتسب بذلك الطهر من
العدة فتنقضي عدتها بانقضاء ذلك الطهر الذي طلقها فيه وبطهرين
واحيضتين بعده والمسايل مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم وروي عن
ابي بكر وعمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس
وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله
بن قيس انهم قالوا الزوج احق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة
الثالثة كما هو مذهبنا وعن زيد بن ثابت وحذيفة وعن عمر وعايشة
رضي الله عنهم مثل قوله وحاصل الاختلاف راجع الى ان القرء المذكور
في الآية هو قوله ثلاثة قروء ما هو الحيض ام الطهر فعندنا الحيض
وعنده الطهر ولا خلاف بين اهل اللغة في ان القرء من الاسما المشتركة
يذكر ويراد به الحيض ويذكر ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون
حقيقة لكل واحد منهما كما في الاسما المشتركة من اسم العين ونحو
ذلك اما استعماله في الحيض فلقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة
تدع الصلاة ايام اقرائها ايام حيضها اذ ايام الحيض هي التي تدع
الصلاة فيها لا ايام الطهر واما في الطهر فلما روينا ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما امن السنة ان تستقبل
العدة استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة اي لطهر واذا كان الاسم حقيقة
لكل واحد منهما على سبيل الاشتراك فيقع الكلام في الترجيح احتج
الشافعي بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقد فسر النبي صلى الله
عليه وسلم العدة بالطهر في ذلك الحديث حيث قال فتلك العدة التي امر
الله تعالى ان يطلق لها النسا قلنا ان المراد بالطهر لا بالحيض

ولا تدخل الهاء في الثلاثة بقوله ثلاثة قروء انما تدخل الهاء في جمع
المذكر لا في جمع المونث يقال ثلاثة رجال وثلاث نسوة والحيض للونث
والطهر مذكر فدل ان المراد منهما الاطهار ولانكم لو حملتم القرو والمذكور
على الحيض للزمكم المناقضة لانكم قلتم في المطلقة اذا كانت ايامها دون
العشرة فانقطع دمها انه لا تنقضي عدتها ما لم تغتسل من الحيضة الثا لث
فقد جعلتم القرء هو الطهر وهذا يناقض ولنا ان الكتاب والسنة والمعقول
اما الكتاب فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء
فقد امر الله تعالى بالاعتداد بثلاثة قروء ولو حمل القرء على الطهر لكان
الاعتداد بطهرين وبعض الثالث لان بقية الطهر الذي صادفه الطلاق
محسوب من الاقراء عنده والثلاث اسم لعدد مخصوص والاسم المو
ضوع لعدد لا يقع على ما دونه فيكون ترك العمل بالكتاب ولو حملناه
على الحيض يكون الاعتداد بثلاث حيض كوامل لان ما بقي من الطهر
غير محسوب من العدة عندنا فيكون عملا بالكتاب فكان الحمل على
ما قلناه اولى ولا يلزم قوله تعالى الحج اشهر معلومات اذ المذكور
الاسم المراد شهران وبعض الثالث فكذا القرء وجاز ان يراد به القرآن
بعض الثالث لان الاشهر اسم جمع لا اسم عدد واسم الجمع جاز ان
يذكر ويراد به بعض ما يتناوله مجازا ولا يجوز ان يذكر الاسم الموضو ع
لعدد مخصوص ويراد به ما دونه لا حقيقة ولا مجازا الا ترى انه
لا يجوز ان يقال رايت ثلاثة رجال ويراد به رجلان وجاز ان يقال
رايت رجالا ويراد به رجلان مع ان هذا ان كان في حد الجواز فلا شك
انه بطريق المجاز ولا يجوز العدول عن الحقيقة من غير دليل اذ الحقيقة
هي الاصل في حق الاحكام للعمل بها وان كان في حق الاعتقاد يجب
التوقف لمعارضة المجاز الحقيقة في الاستعمال وفي باب الحج قام دليل
المجاز وقوله تعالى واللاي ييسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلاثة اشهر جعل الاشهر بدلا عن الاقراء عند اليأس عن المحيض

والبدل

والبدل هو الذي يشترط عدمه لجواز اقامة البدل مقامه فدل ان البدل
هو الحيض فكان هو المراد من القرء المذكور في الآية كما في قوله تعالى فلم
تجدوا ما فتيمموا صعيدا طيبا ما شرط عدم الماء عند ذكر البدل وهو التيمم
دل ان التيمم بدل عن الماء فكان المراد من الغسل المذكور في آية الوضو
هو الغسل بالماء كذا هاهنا واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة
ثنتان وعدتها حيضتان ومعلوم انه لا تفاوت بين الحرة والامة في
العدة فيما يقع به الا بانقضاء الذي هو في تنقيص العدة التي تكون
في حق الحرة لاجل تغيير اصل العدة فدل ان اصل ما تنقضي به العدة هو
الحيض واما المعقول فهو ان هذه العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم
وتحصل بالحيض لا بالطهر فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر واما
الآية فالمراد من العدة المذكورة فيها عدة الطلاق والنبي صلى الله
عليه وسلم جعل الطهر عدة الطلاق الذي امر الله تعالى فتلك العدة
التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء والكلام في العدة عن الطلاق
انها ما هي وليس في الآية بيانها واما قوله ادخل الهاء في الثلاثة
فنعم لكن هذا لا يدل على ان المراد من القرء الطهر لان اللغة لا تمنع
من تسمية الشيء الواحد باسم التذكير والتانيث كالبر والحنطة
يقال هذا البر وهذه الحنطة وان كانت الحنطة شيئا واحدا فكذا القرء عن
الحيض اسمان للدم المعتاد واحد الاسمين مذكور وهو القرء فيقال
ثلاثة قروء والاخر مونث وهو الحيض فيقال ثلاث حيض وقوي
التناقض بما روي عنه فان في تلك الصورة الحيض الباقي وان كان الدم منقطعا
لان انقطاع الدم لا نهاية للحيض بالاجماع لان لجمع الدم لا يدري جميع
الاوقات بل في وقت دون وقت واحتمال الدرور في وقت الحيض
قايم فاذا لم يجعل ذلك الطهر عدة لا يلزمنا التناقض والله الموفق واما
المعتدة بطهرها وهي امراة كانت تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا

بالسن فانقضاء عدتها حتى تحيض ثلاث حيض او حتى تدخل في حد
الاياس فتستانف عدة الايسة ثلاثة اشهر وهو مذهب علي وعثمان
وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وروي عن عمر وابن عباس انها تملك
تسعة اشهر فان لم تحض اعتدت ثلاثة اشهر بعد ذلك وهو قول
مالك احتجوا بقوله تعالى واللاي ييسن من المحيض من نسائكم ان
ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر تعلل العدة عند الارتياب الى الاشهر
التي ارتفع حيضها هي مرتابة فيجب ان تكون عدتها بالشهور والجواب
ان ليس المراد من الارتياب المذكور هو الارتياب في الياس بل المراد
منه ارتياب المخاطبين في عدة الايسة قبل نزول الاية وكذا روي
عن ابن مسعود ان الله تعالى لما بين لهم عدة ذوات القرء وعدة
الحامل شكوا في الايسة فلم يدروا ها عدتها فانزل الله تعالى هذه
الاية وفي الاية ما يدل عليه فانه قال واللاي ييسن من المحيض
من نسائكم ولا ياس مع الارتياب اذ الارتياب يكون مع رجا
الحيض والرجا ضد الياس وكذا قال ان ارتبتم ولو كان المراد منه
الارتياب في الاياس لكان من حق الكلام ان يقول ان ارتبن فدل
بما ذكرنا والله اعلم واما عدة الاشهر فالكلام فيها في موضعين ايضا
في بيان مقدارها وما تقتضي به وفي بيان كيفية ما يعتبر به الاقتضا
اما الاول فما وجب بدلا عن الحيض وهو عدة الايسة والصغيرة
والبالغة التي لم تر الحيض اصلا فثلاثة اشهر ان كانت حرة لقوله
تعالى واللاي ييسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر واللاي لم يحضن ولان الاشهر في حق هؤلاء بدل عن
الاقراء والاصل مقدر بالثلاث كذا البدل سواء وجبت بالعتق
بطلاق او بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص او وجبت
بالفرقة في النكاح الفاسد او بالموت عن تسمية كما ذكرنا في عدة الاقراء

وكذا

وكذا اذا وجبت على ام الولد بالعتق او بموت المولى عندنا خلافا
للشافعي وان كانت امة تشهر ونصف لان حكم البدل حكم الاصل
وقد تنصف المبدل فيتنصف البدل ولان الرق منصف الذكاح في
عدة الاقراء ثبت لصفة وهو عدم التجزي والشهر متجزي فبقي الحكم
فيه على الاصل ولهذا تنصفت عدتها في الوفاة وسواء كان زوجها
حرا او عبدا لما ذكرنا ان المعتبر في العدة جانب النساء سواء كانت قنة او
مدبرة او ام ولد او مكاتبة او مستسعاة عند ابي حنيفة وما وجب
اصلا بنفسه وهو عدة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرا
ان كانت حرة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا
يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وقيل انما قدرت هذه العدة
بهذه المدة لان الولد يكون في بطن امه اربعين يوما نطفة ثم
اربعين يوما علقة ثم اربعين مضغة ثم ينفخ فيه الروح في العشر
فامرت بتربص هذه المدة ليتبين الحمل ان كان بها حمل فان كانت امة
تشهران وخمسة بالاجماع لما بينا وسواء كانت قنة او مدبرة او ام ولد
او مكاتبة او مستسعاة عند ابي حنيفة والسعاية والكتابة سواء في مقدا
بين العدتين للحرة كالحرة والامة كالامة لان ما ذكرنا من الدلايل لا يوجب
الفصل بينهما وانقضاء هذه العدة بقضاء هذه المدة في الحرة والامة واما
بيان كيفية ما يعتبر به انقضاء هذه العدة فجملة الكلام ان سبب وجوب
هذه العدة فجملة الكلام ان سبب وجوب هذه العدة من الوفاة و
الطلاق اذا اتفق في عدة الشهر اعتبرت الشهور بالاهلة وان نقصت
عن العدد في قول اصحابنا جميعا لان الله تعالى امر بالعدة بالاشهر بقوله
فعدتهن ثلاثة اشهر وقوله اربعة اشهر وعشرا فلزم اعتبار الاشهر والشهر
قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما بدليل ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشهر هكذا وهكذا واشار باصابع يديه
كلها ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس ابهامه في المرة الثالثة دلا

رها

كانت الفرقة في بعض الشهر اختلفوا فيه قال ابو حنيفة تعتبر بالايام فتعتد من الطلاق واخواته بستين يوما ومن الوفاة مائة وثلاثين يوما وكذلك قال في صوم الشهرين المتتابعين ان ابتدا الصوم في نصف الشهر وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام وباقي الشهور بالاهلة ويكمل الشهر الاول من الشهر الاخير بالايام وعن ابي يوسف روايتان في رواية مثل قول ابي حنيفة وفي رواية مثل قول محمد وهو قوله الاخير وجه قولهما ان المامور به هو الاعتداد بالاشهر والاشهر اسم للاهلة فكان الاصل في الاعتداد هو الاهلة وقال الله تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج جعل الهلال لمعرفة الاوقات وانما يعدل الى الايام عند تعذر الاهلة وقد تعذر اعتبار الهلال في الشهر الاول فعدلنا عنه الى الايام ولا تعذر في بقية الشهور فلزم اعتبارها بالاهلة ولهذا اعتبرنا كذلك في باب الاجارة اذا وقعت في بعض الشهر كذا هاهنا ولابي حنيفة ان العدة يراعى فيها الاحتياط فلو اعتبرناها بالايام لزادت على الشهور ولو اعتبرناها بالاهلة لنقصت عن الايام فكان ايجاب الزيادة اولى احتياطا بخلاف الاجارة لانها تمليك المنفعة والمنافع والمنافع لا توجد شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان فيصير كل جزء منها كالمعقود عليه مبتدا فيصير عند استهلال الشهر كانه ابتدا العقد فيكون بالاهلة بخلاف العدة فان كل جزء منها ليس كعدة مبتداة واما الايلاء في راس الشهر فقد ذكرنا الاختلاف بينه وبين ابي يوسف وزفر في كيفية اعتبار الاشهر فيه ان على قول ابي يوسف يعتبر بالايام فتكمل مائة وعشرين يوما ولا ينظر الى نقصان الشهر ولا الى تمامه وعند زفر يعتبر بالاهلة وجه قوله زفر ان مدة الايلاء انما كملت لان كل واحد منهما يتاقت بها البينونة ولابي يوسف ان اعتبار الايام في مدة الايلاء يوجب تاخير الفرقة واعتبار الاشهر يوجب التعجيل فيقع الشك في وقوع

الطلاق

الطلاق فلا يقع بالشك فمن علق طلاق امراته عدته في المستقبل وشك في المدة بخلاف العدة لان الطلاق هناك واقع بيقين وحكمه متاجل فاذا وقع في التاجيل لا يتاجل بالشك والله اعلم واما عدة الحمل فمقدارها بقية مدة الحمل قلت او كثرت حتى لو ولدت بعد وجوب العدة بيوم او اقل او اكثر انقضت به العدة لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل وذكر في الاصل انها ولدت والميت على سريره انقضت به العدة على ما جاءت به السنة هكذا ذكر والسنة المذكورة هي ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال للمتوفى عنها زوجها اذا ولدت وزوجها على السرير جاز لها ان تتزوج وشرط انقضاء هذه العدة ان يكون ما ولدت قد استبان خلقه او بعض خلقه فان لم يستبن راسا بان استطقت علقة او مضغة فلم تنقض العدة لانه اذا استبان خلقه او بعض خلقه فهو ولد فقد وجد وضع الحمل فتنقضي به العدة واذا لم يستبن لم يعلم كونه ولدا لاحتمال ان يكون ويحتمل ان لا يكون فيقع الشك في وضع الحمل فلا تنقضي العدة بالشك وقال الشافعي في احد قوليه يرى النساء وهذا ليس بشيء لان من لم يشاهد لا يعلم ان الولد في الرحم ليتيقن هذا عليه فيعرفن وقال في قول اخر يجعل في الماء ساعة ثم ينظر فان خل فليس بولد وان لم يخل فهو ولد وهذا ايضا لا يدان كان قطعة من كبدها او لحمها انفصلت منها فانها لا تخل بالماء كما لا يخل الولد فلا يعلم به انه ولد ولو ظهر اكثر الولد ولم يذكر هذا في ظاهر الروايات وقد قالوا في المطلقة الرجعية انها اذا ظهر منها اكثر ولدها انقطعت الرجعة فعلى هذا يجب ان تنقضي العدة ايضا بظهور اكثر الولد ويجوز ان يفرق بينهما فيقام الاكثر مقام الكل في القطع الرجعة احتياطا ولا يقام في انقضاء العدة حتى لا تحل للازواج احتياطا ايضا ثم انقضاء عدة الحمل بوضع الحمل اذا كانت معتدة من طلاق او غيره من اسباب الفرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وكذلك

سد

اذ كانت متوفا عنها زوجها عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي
الله عنهم روي عن عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وابي هريرة
رضي الله عنهم انهم قالوا عدتها بوضع ما في بطنها وان كان زوجها
على السرير وقال علي رضي الله عنه وهو احدي الروايتين عن ابن عباس
رضي الله عنهما ان الحامل اذا توفي عنها زوجها فعدتها اقصى الاجلين
وضع الحمل او مضي اربعة اشهر وعشر ايهما كان اخير لانتضي العدة
بوجود هذا القول ان الاعتداد بوضع الحمل انما ذكر في الطلاق لان
الوفاة قوله تعالي واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن لانه معطوف
على قوله تعالي واللاي ييسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر واللاي لم يحضن وذلك بنا على قوله يا ايها النبي اذا
طلقتم النساء فكان المراد من قوله يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فكان
المراد من قوله واللاي ييسن من المحيض المطلقات فكذا هذا اولان في
الاعتداد بابعد الاجلين جميعا بين الايتين بالقدر الممكن لان فيه عملا
بايتي عدة الحمل ان كان اجل تلك العدة ابعد وعملا بايتي عدة الوفاة
ان كان اجلها ابعد فكان عملا بهما جميعا بقدر الامكان وفيما قلنا عمل
باحديهما وترك العمل بالاخري اصلا فكان ما قلناه اولي ولعامة العلماء
وعامة الصحابة رضي الله عنهم قوله تعالي واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن من غير فصل بين المطلقة والمتوفي عنها زوجها وقوله
هذا انبا على قوله واللاي ييسن من المحيض من نسائكم ممنوع بل هو ابتداء
خطاب وفي الآية ما يدل عليه فانه قال ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر
ومعلوم انه لا يقع الارتياب فيمن يحتمل القرء وذلك لان الاشهر في
الايات انما اقيمت مقام الاقراء في ذوات المحيض واذا كانت الحامل ممن
تحيض لم يقع لهم شك في عدتها ليسألوا عن عدتها واذا كان كذلك
ثبت ان خطاب مبتدا واذا كان خطابا مبتدا تناول العدد كلها وقوله
الاعتداد بابعد الاجلين عملا بالايتين بقدر الامكان يقال انما العمل

بهما

بهما اذا لم يثبت نسخ احديهما بالتقدم اذا لم يكن احدهما اولي بالعمل
بهما وقيل ان ايه وضع الحمل احزم نزولا لما روي عن عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه انه قال من شاء باهلته ان قوله زلزلة الاحمال
زالت الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد قوله اربعة اشهر
وعشرا فاما ان ينسخ الاشهر بوضع الحمل اذا كان بين الايتين زمان
يجامع للنسخ فنسخ الخاص المتقدم بالعام المتاخر كما هو مذهب
مشايخنا بالعراق ولا يبني العام على الخاص او يعمل بالخاص العام
بعمومه ويتوقف في حقه الاعتقاد في التخريج على التناسخ والتخصيص
كما هو مذهب مشايخنا بسمرقند ولا يبني العام على الخاص او يعمل
على الخاص العام بعمومه ويتوقف على الاعتقاد في التخريج
على التناسخ والتخصيص كما هو مذهب مشايخنا بسمرقند
ولا يبني العام على الخاص على ما عرف في اصول الفقه وروي
من عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قلت يا رسول الله
حين نزل قوله واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
انها في المطلقة ام في المتوفي عنها زوجها فقال صلى الله عليه
وسلم فيهما جميعا وقد روت ام سلمة رضي الله عنها ان
سبيعة بنت الحارث وضعت بعد وفاة زوجها بتسع وعشرين
ليلة فاذنها رسول الله صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروي انما مات
عنها زوجها فوضعت حملها وسالت ابا السنابل ابن بعكك هل يجوز
لها ان تتزوج قال حتى يبلغ الكتاب اجله فذكرت ذلك لرسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال كذب ابو السنابل ابتغي الازواج وهذا حديث
صحيح قد روي من طرق صحيحة لا مساغ لاحد في العدول عنه ولان
المقصود من العدة في ذوات الاقراء العلم ببراءة الرحم ووضع الحمل
في الدلالة على البراءة فرق مضي المدة فكان اقتضاء العدة به اولي من الاقتضاء

بالمدة وسواء كانت المراة حرة او مملوكة قنة او مدبرة او مكاتبة اولم
ولد او مستسعاة مسلمة او كتابية لعموم النص وقال ابو يوسف
كذلك الا في امراة الصغير في الوفاة بان مات الصغير عن امراته
وهي حامل فان عدتها اربعة اشهر وعشر وعند ابي حنيفة ومحمد
عدتها ان تضع حملها وجه قوله ان هذا الحمل ليس منه بيقين
بدليل انه لا يثبت للشبهة منه فكان من الزنا فلا تنقضي به العدة كما
لحمل من الزنا وكالحمل الحادث بعد موته ولهما عموم قوله تعالى
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله الحمل من الزنا
لا تنقضي به العدة وهذا حمل فيكون مخصوصا من العموم فنقول
الحمل من الزنا قد تنقضي به العدة على قياس قولهما الا ترى انه
اذا تزوج امراة حاملا من الزنا جاز نكاحها عندهما ولو تزوجها
ثم طلقها فوضعت حملها تنقضي عدتها عندهما بوضع الحمل كذا هاهنا
ان تنقضي عدتها بوضع الحمل وان كان الحمل من الزنا ولان وجوب العدة
للعلم بحصول فراغ الرحم والولادة دليل فراغ الرحم بيقين والشهر
لا يدل على الفراغ بيقين فكان ايجاب ما دل على الفراغ بيقين اولى ولا
اثر للشبهة في هذا الباب وانما الاثر لما بينا في الجملة فان مات وهي
حامل ثم حملت بعد موته قبل انقضاء العدة فعدتها بالشهور اربعة
اشهر وعشر ولان الحمل اذا لم يكن موجودا وقت الموت وجبت العدة بما
لا سبيل الى التغيير بالحمل الحادث واذا كان موجودا وقت الموت وجبت
عدة الحمل فكان انقضاؤها بوضع الحمل ولا يثبت نسب الولد في الوجهين
جميعا لان الولد لا يحصل عادة الا من الماء الحي لامالة حقيقة ويستحيل
وجوده عادة فيستحيل تقديره وقال ابو يوسف ومحمد في زوجة الكبير
تاتي بولد بعد موته لاكثر من سنتين وقد تزوجت بعد مضي اربعة
اشهر وعشرا ان النكاح جايز لان اقدامها على النكاح في هذه الحالة

اقرار

اقرارهما بانقضاء العدة لتحرز المسيلة عن النكاح في العدة ولم يرد
على اقرارها ما يبطله الا ترى انها لو جاءت بعد التزوج بولد لستة
اشهر فصاعدا كان النكاح جايزا لما بينا فكذا هاهنا اولي واذا كانت المعتدة
حاملا فولدت ولدين انقضت عدتها بالاخير منهما عند عامة العلما
وقال الحسن البصري اذا وضعت احد الولدين انقضت عدتها واحتج
بقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولم يقل
احمالهن فاذا وضعت احدهما فقد وضعت حملها الا ان ما قاله لا
يستقيم لوجهين احدهما ان قراءة بعض القراات ان يضعن
احمالهن والثاني انه علق انقضاء العدة بوضع الحمل لا بالولادة
حيث قال يضعن حملهن ولم يقل يلدن والحمل اسم لجميع ما في
بطنها ووضع احد الولدين وضع بعض حملها لا وضع حملها
فلا تنقضي به العدة ولان وضع الحمل انما تنقضي به العدة لبراءة
الرحم بوضعه وما دام في بطنها ولد لا تحصل البراءة فلا تنقضي
والله اعلم فصل واما بيان ما يعرف به انقضاء العدة فما يعرف
به انقضاء العدة في مدة يحتمل الانقضاء فيها فلا بد من بيان
اقل المدة التي تصدق فيها المعتدة في اقرارها بانقضاء عدتها
وجملة الكلام ان المعتدة ان كانت من ذوات الاشهر فانها لا تصدق
في اقل من ثلاثة اشهر في عدة الطلاق ان كانت حرة ومن شهرين
وخمسة ايام ان كانت امة ولا خلاف في هذه الجملة وان كانت من ذوات
الاقراء فان كانت معتدة عن وفاة فكذلك لا تصدق في اقل مما ذكرنا
في الحرة والامة وان كانت معتدة عن طلاق فان اخبرت بانقضاء عدتها
في مدة تنقضي في مثلها العدة يقبل قولها وان اخبرت في مدة لا تنقضي
في مثلها العدة لا يقبل قولها الا اذا فسرت ذلك بان قال استقبلت استظهرت
مستبرئة للخلقة او نحو ذلك فيقبل قولها وانما كان كذلك لانها امينة
في الاخبار عن انقضاء عدتها فان الله ايتمنها في ذلك بقوله ولا يحل

لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل في التفسير انه الحيض
والحبل والقول قول الامين مع اليمين كالمودع اذا قالت رد الوديعة
او هلكت فاذا اخبرت بالانقضاء مدة تنقضي في مثلها العدة
تقبل ولا تصدق اذا كانت المدة مما لا تنقضي في مثلها العدة لان قول
الامين انما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر والظاهر هاهنا يكذبها
فلا يقبل قولها الا اذا فسرت فقالت استظهرت فسقط مستبين
الخلق او بعض الخلق فيقبل قولها مع هذا التفسير مع يمينها
لان الظاهر لا يكذبها مع التفسير ثم اختلف في اقل ما تصدق فيه
المعتدة بالاقراء قال ابو حنيفة رحمه الله اقل ما تصدق فيه المعتدة
الحرة ستون يوما وقال ابو يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوما و
اختلفت الروايات في تخريج قول ابي حنيفة فتخريجه في رواية محمد
انما يبدا الطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة ايام ثم
بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة ايام ثم بالطهر خمسة
عشر يوما ثم بالحيض خمسة ايام فذلك ستون يوما وتخريجه على
رواية الحسن انما يبدا بالحيض عشرة ايام فذلك ستون يوما
فاختلف التخريج مع اتفاق الحكم وتخريج قول ابي يوسف ومحمد
انه يبدا بالحيض ثلاثة ايام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض
ثلاثة ايام فذلك تسعة وثلاثون يوما وجه قولهما ان المراة امينة
في هذا الباب والامين يصدق ما امكن وامكن تصديقها هاهنا بان
يحكم بالطلاق في اخر الطهر فيبدا بالعدة من الحيض فيعتبر اقله
وذلك ثلاثة ايام ثم اقل الطهر وهو خمسة عشر ثم اقل الحيض فيكون
الحملة تسعة وثلاثين يوما وجه قول ابي حنيفة على تخريج محمد ان
كانت امينة في الاقرار بانقضاء العدة لكن الامين انما يصدق فيما
لا يخالف الظاهر فاما فيما خالفه الظاهر فلا يقبل قوله كالوصي
اذا قال انفقت على اليتيم في يوم واحد الف دينار وما اقاله خلاف
الظاهر

الظاهر لان الظاهر ان من اراد الطلاق يوقعه في اول الطهر وكذلك
حيض ثلاثة ايام نادر وحيض عشرة ايام نادر ايضا فيوخذ بالوسط
وهو خمسة واعتبار هذا التخريج يوجب ان يكون اقل ما تصدق
فيه ستون يوما واما الوجه على تخريج الحسن فهو ان يحكم بالطلاق في اخر
الطهر لان الاشتباه في اول الطهر ان كان سنة لكن الظاهر هو الابتداء ع
في اخر الطهر لانه يجوز نفسه في اول الطهر انه مل يقدر على الطلاق
الصبر عنها ثم يطلقها فكان الظاهر هو الانتفاع في اخر الطهر الا انه
يعتبر مدة الحيض عشرة ايام وان كانت اكثر المدة لانا قد اعتبرنا
في الطهر اقله فلو نقصت من العشرة في الحيض للزم النقص في العدة
فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم باكثر الحيض واقل الطهر رعاية
للحقين واعتبار هذا التخريج ايضا يوجب ما ذكرنا وهو ان يكون //
اقل ما يصدق فيه ستون يوما واما الامة فعند ابي حنيفة اقل ما
يصدق فيه على رواية محمد عنه اربعون يوما وهو ان يقدر كانه
طلقها في اول الطهر فيبدا بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة
ثم بالطهر خمسة عشر ثم بالحيض خمسة فذلك اربعون واما على رواية
الحسن فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثين يوما لانه يحمل ان الطلاق
وقع في اخر الطهر فيبدا بالحيض عشرة ثم بالطهر خمسة عشر
ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوما فاختلف حكم روايتهما
في الامة والتفق في الحرة واما على قول ابي يوسف ومحمد فاقل ما تصدق
فيه احد وعشرون يوما لانهما يقدران الطلاق في اخر الطهر ويبدا
بالحيض ثلاثة ثم بالطهر خمسة عشر ثم بالحيض ثلاثة فذلك احد
وعشرون يوما والله الموفق واما المعتدة اذا كانت نفساء فان
ولدت امراته فطلقها عقيب الولادة ثم قالت انقضت عدتي
فقال ابو حنيفة في رواية محمد عنه لا تصدق الحرة في اقل
من خمسة وثمانين يوما لانه يثبت النفاس خمسة وعشرون

يوما لانه لو ثبت اقل من ذلك لاحتاج ان يثبت بعده خمسة عشر
يوما طهرا ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لان من اصله ان الدمين في الاقل
لا يفصل بينهما طهر وان اكثر حتى لو رات في اول النفاس ساعة دما ثم
احد ساعة لكان الكل نفاسا عنده فجعل النفاس خمسة وعشرين
يوما حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر يتبع الدم بعد الاربعين واذا
كان كذلك كان بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة
حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وثلاثين يوما
واما على رواية الحسن عنه فلا تصدق في اقل من مائة يوم لانه
يثبت بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا
وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك مائة وقال ابو يوسف لا تصدق
في اقل من خمسة وستين يوما لانه يثبت احد عشر يوما نفاسا لان العادة
ان النفاس يزيد على اكثر الحيض ثم يثبت خمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا
وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك خمسة وستون يوما وقال محمد
لا تصدق في اقل من اربعة وخمسين وساعة لان اقل النفاس ما وجد
فيه نفاس ساعة واحدة وبعده بخمسة عشر يوما طهرا وثلاث حيض
وخمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيض وخمسة عشر يوما طهرا وثلاثة
حيض فذلك اربعة وخمسون وساعة وان كانت امة ففي رواية محمد عن
ابي حنيفة لا تصدق في اقل من خمسة وستين يوما لانه يثبت بعد
الاربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك
خمسة وستون وعلى رواية الحسن عنه لا تصدق في اقل من خمسة
وسبعين لانه يثبت بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا
وعشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون وقال ابو يوسف لا تصدق
في اقل من سبعة واربعين لانه يثبت احد عشر يوما نفاسا وخمسة عشر طهرا
وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة
حيضا فذلك سبعة واربعون يوما وقال محمد لا تصدق في اقل من ستة وثلاثين

يوما

يوما وساعة لانه يثبت ساعة نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا
وخمسة عشر طهرا فذلك ستة وثلاثون يوما وساعة والله اعلم واما
الفعل فنحو ان يتزوج بزوج اخر بعد ما مضت مدة تنقضي في مثلها
العدة حتى لو قالت لم تنقض عدتي لا تصدق لا في حق الزوج الاول
ولا في حق الزوج الثاني ونكاح الزوج الثاني جائز لان اقدامها على التزوج
بعد مضي مدة تحتمل في مثلها الانقضاء دليل الانقضاء والله الموفق

فصل واما بيان انتقال العدة وتغيرها اما انتقال العدة فنقول
احدهما انتقالها من الاشهر الى الاقراء والثاني انتقالها من الاقراء الى
الاشهر اما الاول فنحو الصغيرة اعتدت بالاشهر ثم رات الدم تنتقل
عدتها من الاشهر الى الاقراء لان الاشهر في حق الصغيرة بدل عن الاقراء
وقد ثبت القدرة على المبدل والاقراء والقدرة على المبدل قبل حصول المقصود
وبالبدل يبطل حكم البدل كالقدرة على الوضوء في حق التيمم وكذلك تبطل
حكم الاشهر بالحمل فانتقلت عدتها الى الحيض وكذلك الايسة اذا اعتدت
بعض الاشهر ثم رات الدم تنتقل عدتها الى الحيض كذا ذكر الكرخي
وذكر القدوري ان ما ذكره ابو الحسن ظاهر الرواية التي لم يقدروا للايأس
تقديرا بل هو مطلق على كونها ايسة لاعما لامارات الدم علم انها لم تكن
ايسة وانها اخطأت في الظن فلا يعتد بالاشهر في حقها كما ذكرنا
انها بدل فلا تعتد مع وجود الاصل واما على الرواية التي وقتوا للايأس
وقتا اذا بلغت ذلك الوقت ثم رات الدم بعده لم يكن ذلك الدم حيضا
كالدم الذي تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها وكذا ذكره الخصاف ان
ذلك في التي كانت ايسة فاما الايسة فما تراه من الدم لا يكون حيضا
الا ترى ان وجود الحيض منها كان معجزة نبي من الانبياء صلوات الله
عليهم فلا يجوز ان يوجد لا على وجه المعجزة كذا علل الخصاف واما الثاني
وهو انتقال العدة من الاقراء الى الاشهر فنحو قرات القرء عدت بحيضة
او حيضتين ثم الايسة تنتقل عدتها من الحيض الى الاشهر فتستقبل

العدة بالاشهر لاعنا لما انيست فقد صارت عدتها بالاشهر بقوله تعالي
واللاي لم يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة
اشهر والاشهر بدل عن الحيض فلو لم تستقبل وبنت علي الاول لصار البدل
الواحد اصلا وبدلا وهذا لا يجوز فان قيل اليس ان من شرع في الصلاة
بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماله ان يتيمم ويبني علي صلاته
وهذا جمع بين البدل والمبدل في صلاة واحدة فهلا جاز ذلك في العدة
قلنا الجواب ان الممتنع كون الشيء الواحد اصلا وهذا لا يجوز فان قيل اليس
ان من شرع في الصلاة بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماله ان يتيمم
ويبني علي صلاته وهذا جمع بين البدل والمبدل في شيء واحد وذلك غير
ممتنع فان الانسان قد يصلي بعض صلاته قائما بركوع وسجود وبعضها
بالايما ويكون جمعا بين البدل والمبدل في صلاة واحدة والله اعلم
ومن هذا القبيل ان الحلف امراته ثم مات فان كان الطلاق رجعيا انتقلت
عدتها الي عدة الوفاة سواطلقها في حالة المرض والصحة اعتدت عدة
الطلاق وعليها ان تستانف عدة الوفاة في قولهم جميعا لاعتاز وجته
بعد الطلاق اذ الطلاق الرجعي لا يوجب زوال الزوجية وموت الزوج
يوجب علي زوجته عدة الوفاة لقوله تعالي والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا لما مات قبل الطلاق
وان كان بائنا او ثلاثا فلم ترث بان طلقها في حالة الصحة لانتقال عدتها
لان الله تعالي اوجب عدة الوفاة علي الزوجات بقوله تعالي
والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة
اشهر وعشرا وقد زالت الزوجية بالابانة والثلاث فتعذر ايجاب
عدة الوفاة فبقيت عدة الطلاق علي حالها وان ورثت بان طلقها
في حالة المرض ثم مات قبل ان تنقضي عدتها فورثت اعتدت
باربعة اشهر فيها ثلاث حيض حتي انها ورثت كذا ذكر
الكرخي وعني بذلك امراة المريض ان اراد زوجها بعد ما دخل بها

ووجبت عليها العدة ثم مات او قتل وورثت وذكر القدوري
في امراة المريض روايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ليس
عليها الا ثلاث حيض وجه قوله ما ذكرنا ان الشرع انما اوجب
عدة الوفاة علي الزوجات وقد بطلت الزوجية بالطلاق
البائن الا ان بقيناها في حق الارث خاصة لتهمة الفرار
فمتي ادعي بقاءها في حق وجوب عدة الوفاة فعليه الدليل
ولهما ان النكاح لما بقي في حق الارث لان يبقي في حق وجوب
العدة اولي لان العدة يحتاط في ايجابها فكان قيام النكاح له
من وجه كافيا لوجوب العدة احتياطا فيجب عليها الاعتداد
باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض ولو حملت المعتدة في عدتها
ذكر الكرخي ان من حبلت في عدتها فالعدة ان تضع حملها ولم يفصل
بين المعتدة عن طلاق او وفاة وقد فصل محمد رحمه الله بينهما فانه
قال فيمن مات عن امراته وهو صغير او كبير ثم حبلت بعد موته
فعدتها الشهور فهذا نص علي ان عدة المتوفي عنها زوجها لا تنتقل
بوجود الحمل من لما شهر الي وضع الحمل قال وان كانت في عدة الطلاق
فحبلت بعد الطلاق وعلم بذلك فعدتها ان تضع حملها ما ذكر
الكرخي ان وضع الحمل اصل العدة لان العدة وضعت لاستبراء الرحم
ولا شيء اذل علي براءة الرحم من وضع الحمل فيجب ان يسقط معه ما
سواه كما يسقط الشهور مع الحيض والصحيح ما ذكره الكرخي
ما ذكره محمد رحمه الله ان عدة المتوفي عنها زوجها لا يتغير بوجود
الحمل بعد الوفاة ولا تنتقل من لما شهر الي وضع الحمل بخلاف عدة
الطلاق ووجه الفرق بين العدتين ان عدة الوفاة ما وجبت
لاستبراء الرحم بدليل انها تؤدي بالاشهر مع وجود الحيض وكذا
تجب قبل الدخول وانما وجبت لاظهار التاسف علي فوت
نعمة النكاح وكان الاصل في هذه العدة هو الاشهر الا اذا كانت

حاملا وقت الوفاة فيتعلق بوضع الحمل فاذا كانت حاملا بقيت على
حكم الاصل فلا يتغير بوجود الحمل فلا ينتقل بخلاف عدة الطلاق فان
المقصود بها الاستبراء ووضع الحمل اصل في الاستبراء فاذا قدرت
عليه سقط ما سواه ويحمل ما ذكره الكرخي على الخصوص وهي
التي حبلت في عدة الطلاق وذكر العام على ارادة الخاص متعارف
وقال محمد رحمه الله في عدة الطلاق انما اذا حبلت فاذا لم تعلم
انها حبلت ثم جاءت بولد لاكثر من سنتين فقد حكمنا بانقضاء عدتها
بعد الوضع بستة اشهر حملا لامرها على الصلاح اذ الظاهر من
حال المسلمة ان لا تتزوج في عدتها فيحكم بانقضاء عدتها قبل
التزوج والله الموفق **فصل** واما تغير العدة فنحو الامة اذا
طلقت ثم اعتقت فان كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى عدة
الحرائر لان الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية فبعد ذلك حرة وجبت
عليها العدة وهي زوجته تعتد عدة الحرائر كما اذا اعتقها المولى
ثم طلقها الزوج وان كان بائنا لا تتغير عندنا وعند الشافعي تتغير
فيهما جميعا وجه قوله ان الاصل في العدة هو الكمال وانما النقصان
تعارض الرق فاذا اعتقت فقد زال العارض وامكن تكميلها فتكمل
ولنا ان الطلاق اوجب عليها عدة الاماء لانه صادفها وهي امة
والاعتاق وجد وهي معتدة فلا يتغير الواجب بعد البينونة لعدة الوفاة
بخلاف الطلاق الرجعي لانه لا يوجب زوال الملك فوجد الاعتاق وهي
زوجته فوجبت عليها العدة وهي حرة فتعتد عدة الحرائر وهذا
بخلاف الايلاء بان كانت الزوجة مملوكة وقت الايلاء ثم اعتقت انه
انتقلت مدة الى مدة الحرائر وان كان الايلاء طلاقا بائنا وقد سوى
بينه وبين الرجعي في هذا الحكم وانما كان كذلك لان البينونة في الايلاء
لا تثبت للحال وانما تثبت بعد انقضاء المدة فكانت الزوجية قائمة
للحال فاشبه الطلاق الرجعي بان طلقها الزوج رجعيا ثم اعتقها

المولى

المولى وهناك تنقلب عدتها عدة الحرائر فكذا هنا هذا بخلاف
الطلاق البائن فانه يوجب زوال الملك للحال وقد وجبت عدة الاماء
بالطلاق فلا تتغير بعد البينونة بالعتق والله الموفق المطلقة طلاقا رجعيا
اذا راجعها الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها قال اصحابنا عليها عدة
مستانفة وقال الشافعي هي احد قوليه انما تكمل العدة وجه قوله
انها تعتد عن الطلاق الاول لا عن الطلاق الثاني لان الثاني طلاق
قبل الدخول فلا يوجب العدة ولنا ان الطلاق الثاني طلاق
بعد الدخول لان الرجعة ليست بانشاء النكاح بل هي فسخ الطلاق
ومنعه عن العمل بثبوت البينونة بانقضاء العدة فكانت مطلقة
بالطلاق الثاني بعد الدخول فتدخل تحت قوله والمطلقات يتربصن
بانفسهن ثلاثة قروء ولو تزوج ام ولده ثم مات عنها وهي تحت زوج
او هي عدة من زوج فالعدة عليها بموت المولى لان العدة انما تجب
عليها بموت المولى لزوال الفراش فاذا كانت تحت زوج او في عدة
من زوج لم تكن فراشا له لقيام فراش الزوج فلا تجب عليها
العدة فان اعتقها المولى ثم طلقها الزوج فعليها عدة الحرائر لان
اعتاق المولى صادفها وهي فراش الزوج فلا تجب عليها العدة و
طلاق الزوج صادفها وهي عدة فعليها عدة الحرائر ولو طلقها الزوج
اولا ثم اعتقها المولى فان كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى عدة الحرائر
وان كان بائنا لا تتغير لما ذكرنا فيما تقدم فان انقضت عدتها من الزوج
فقد عاد فراش المولى ثم زال بالموت فتجب العدة لزوال الفراش كما اذا مات
قبل ان يزوجها فان مات المولى والزوج فالامر لا يخلو اما ان علم ايهما
مات اولا واما ان لم يعلم وذلك لا يخلو اما ان علم كم بين موتيهما من المدة
واما ان لم يعلم فان علم ان الزوج مات اولا وعلم ان بين موتيهما اكثر
من شهرين وخمسة ايام فعليها شهران وخمسة ايام مدة عدة الامة
في وفاة الزوج فاذا مات المولى لا شيء عليها بموته لانه مات وهي في عدة

ن
ترجب

الزوج وان علم ان المولي مات اولا فلا عدة عليها من المولي لانها تحت
زوج ولم تكن فراشا للمولي فاذا مات الزوج فعليها اربعة اشهر وعشر
عدة الوفاة من الزوج لانها عتقت بموت المولي وعدة الحرة في الوفاة
اربعة اشهر وعشر وان لم يعلم ايهما مات اولا فان علم ان بين موتيهما
اكثر من شهرين وخمسة ايام فعليها اربعة اشهر وعشر فيهما ثلاث حيض
في هذه الاربعة الاشهر والعشر تستكمل بعد ذلك لانه ان مات الزوج
اولا فقد وجب عليها شهران وخمسة ايام لانها امة وعدة الامة من
زوجها المرتي في هذا القدر ثم مات الزوج المولي بعد انقضاء عدتها فوجب
عليها ثلاث حيض عدة المولي وان مات المولي اولا فقد عتقت بموته
ولا عدة عليها منه لانها ليست فراشا له وعدة ام الولد من مولاها تجب
بزوال الفراش فلما مات الزوج بعد المولي فقد مات الزوج بعد المولي فقد
مات الزوج وهي حرة فوجب عليها عدة الحرائر في الوفاة وهي اربعة
اشهر وعشرا فاذا في حال يجب عليها شهران وخمسة ايام وثلاث
حيض وفي حال يجب عليها اربعة اشهر وعشر والشهران يدخلان في
الشهور فيجب اربعة عليها اربعة اشهر وعشر فيها ثلاث على التفسير
الذي ذكرنا احتياطا وان علم ان بين موتيهما اقل من شهرين وخمسة
ايام فعليها اربعة اشهر وعشرا في قولهم جميعا لانه حال هاهنا
لوجوب الحيض لانه ان مات المولي اولم يجب بموته شيء لانها تجب
زوج فاذا مات الزوج وجب عليها اربعة اشهر وعشرا لانها
عتقت بموت المولي وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرا
وان مات الزوج اولا وجب عليها شهران وخمسة ايام لانها امة
فاذا مات المولي بعده لا يجب عليها شيء بموته لانه مات وهي في
عدة الزوج فلم تكن فراشا له فاذا في حال يجب عليها اربعة اشهر
وعشرا فقط وفي حال شهران وخمسة ايام فقط فاوجبنا الاعتداد
بالاكثر المتيقن احتياطا فاما اذا لم يعلم ايهما مات اولا ولم يعلم

ايضا

ايضا كم بين موتيهما فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة عليها اربعة
اشهر وعشر لا حيض فيها وقال ابو يوسف ومحمد عليها اربعة اشهر
وعشر فيها ثلاث حيض وجه قولهما انه يحتمل ان الزوج مات اولا
وانقضت العدة ثم مات المولي بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث
حيض وجه قولهما انه يحتمل ان الزوج مات اولا وانقضت العدة
ثم مات الزوج فيجب اربعة اشهر وعشرا فيجب فيها الاحتياط بالجمع
بين الاشهر والحيض ولابي حنيفة قوله تعالى والذين يتوفون منكم
ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وهذا التقدير
لعدة الوفاة باربعة اشهر وعشرا لما تجوز الزيادة عليه الا بدليل والاصل
في كل امرين حادثين لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما
معا كالغرقى والحرقى والهدمى واذا حكم بموت الزوج مع موت المولي
فقد وجبت عليها العدة وهي حرة فكانت عدة الحرائر فلم تكن
لايجاب الحيض حال فلم يمكن ايجابها والله اعلم وعلى هذا الاصل
قال ابو يوسف اذا تزوجت ام الولد بغير اذن مولاها ودخل بها
الزوج ثم مات الزوج والمولي ولا يعلم ايهما مات اولا ولا كم بين
موتيهما فعليها حيضتان في قياس قول ابي حنيفة لانه يحكم
بموتهما معا وفي قول ابي يوسف يجب عليها ثلاث حيض في اربعة
اشهر وعشرا بناء على اصله في اعتبار الاحتياط لانه يحتمل ان يكون
المولي مات اولا فيتعقد النكاح بموته لانها عتقت فجاز النكاح
بعتقها ثم مات الزوج اولا وانقضت العدة ثم مات المولي بعد
انقضاء العدة فعليها عدة المولي ثلاث حيض وان علم ان بين
موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين فعليها اربعة اشهر وعشرا فيهما
حيضتان لان عدة المولي قد سقطت بموتهما اولا او اخرا عتقت
وانفذ نكاحها بعتقها فوجب عليها اربعة اشهر وعشرا فيهما حيضتان
لان عدة المولي قد سقطت سواء مات اولا او اخرا اذا كان بين موتيهما

ما لا تحيض فيه حيضتين ووقع التردد في عدة الزوج لانه ان مات المولى
اولا عتقت ونفذ نكاحها بعتقها فوجب عليها عدة الحرائر بالوفاة
وان مات الزوج اولا وجب عليها حيضتان فيجمع بينهما احتياطا
ولو حاضت حيضتين بين موتيهما فعليها اربعة اشهر وعشرا فيها ثلاث
حيض لانه ان مات المولى اولا فعتقت نفذ نكاحها فاذا مات الزوج
وجب عليها الشهور وان مات الزوج اولا ثم مات المولى بعد انقضاء العدة
تجب عليها ثلاث حيض فيجمع بين الشهور والحيض احتياطا ولو
اشترى الرجل زوجته وله منها ولد فاعتقها فعليها ثلاث حيض حيضتان
من النكاح يجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة وحيضة من العتق لا تجتنب
فيها لانه لما اشتراها فقد فسد نكاحها ووجبت عليها العدة فقد صارت
معتدة في حق غيره وان لم تكن معتدة في حقه بدليل انه لا يجوز ان يزوجها
فاذا اعتقها صارت معتدة في حقه وفي حق غيره لان المانع من كونها
معتدة في حقه هو ابا حته وطيها وقد زال ذلك بزوال ملك اليمين
فزال المانع فظهر حكم العدة في حقه ايضا فيجب عليها حيضتان من
فساد النكاح وهما تعتبران من الاعتاق ايضا وعدة النكاح يجب فيها
الاحداد واما الحيضة الثالثة فانما تجب من العتق خاصة وعدة العتق
لا احداد فيها فان كان طلقها قبل ان يشتريها تطليقة واحدة بائنة
ثم اشتراها حل له وطيها وكان لمولاها ان يتزوجها لان ملك اليمين سبب لحل
الوطء في الاصل الا المانع وما وجد لا يصلح مانعا للوطء فصار كالوحدة
والنكاح واذا حل وطيها سقط عنها الاحداد فان حاضت ثلاث حيض
قبل العتق ثم اعتقها فلا عدة عليها من النكاح وتعتد في العتق بثلاث
حيض لانها وان لم تكن معتدة في حقه بعد الشراء هي معتدة في حق غيره
بدليل انه لا يجوز له تزوجها فاذا صحت الحيض بعد وجوب العدة لوجد من
الوجوه ليعتد بها فاذا اعتقها وجب عليها بالعتق عدة اخرى وهي عدة
ام الولد ثلاث حيض واذا اشترى المكاتب زوجته ثم مات وترك وفا

فاديت

فاديت المكاتبة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل ووجب عليها العدة ٢١٦
من فساد النكاح حيضتان اذا كانت لم تلد منه وقد دخل بها اما
فساد النكاح قبل موته بلا فصل فلان المكاتب اذا مات وترك وفاء فاداه
بحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته واذا عتق حكما الان فسد نكاحها
واما وجوب العدة عليها حيضتان فلانها بانت وهي امة فان كانت ولدت
فعليها تمام ثلاث حيض لانها ام ولد فيجب عليها حيضتان بالنكاح
والعتق وحيضة بالعتق خاصة فان لم يترك وفاء ولم تلد منه فعليها
شهران وخمسة ايام دخل بها او لم يدخل بها اذا لم تكن ولدت منه لانه لما مات
عاجزا لم يفسد نكاحها لانه مات عبدا ثم عتق بموته فمات عن منكوحته وهي زوجة
امة فيجب عليها شهران وخمسة ايام عدة الاماء في الوفاة ويستوي فيه
الدخول وعدم الدخول لان العدة عدة الوفاة فان كانت ولدت منه سعت
وسعي ولدها في نجومه فان عجزا فقد عتقا شهران وخمسة ايام لما بينا فان
اديا عتقا وعتق المكاتب فان كان الاداء في العدة فعليها ثلاث حيض مبتدا
من يوم عتقا يستكمل فيها شهرين وخمسة ايام من يوم مات المكاتب
لان الاصل ان للمكاتب اذا ترك ولدا ولم يترك وفاء كسب الولد واداه بحكم
لعتق المكاتب في الحال ويسند الى ما قبل الموت من طريق الحكم لانه اذا ترك
ولدا ولم يترك وفاء فقد مات عاجزا في الظاهر فلم يحكم بعتقه قبل موته
مع العجز وانما يحكم عند الاداء فيحكم بعتقه للحال لم يستند فيعتق
بعتقه ويجب عليها الحيض بعد العتق بخلاف ما اذا ترك وفاء لانه
اذا كان له مال فالدين وهو بدل الكتابة يتعلق من ذمته الى المال فيمنع
ظهور العجز فاذا ادى بحكم يستوفى دين الكتابة عنه وسلامته للمولى
في اخر جزء من اجزاء حياته فيعتق في ذلك الوقت وعند زفر الفصلان
جميعا بحكم بعتقه قبل الموت ويجعل الولد اذا ادى كالكسب اذا ادى
عنه والمسئلة تعرف في مواضع اخر فان اديا فعتقا بعد ما انقضت
العدة بالشهرين والخمسة الايام فعليها ثلاث حيض مستقبلة لان عدة

نفذ

الوفاة لما انقضت تجدد وجوب العدة اخري بالعتق فكان عليها ان
تعتد عبادة ذكر بن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله اذا اشتري المكاتب
امراته وولده معهما ومات وترك وفا من دينون له اوموال فقد عتقا ثلاث حيض
في شهرين وخمسة ايام لاني لا اعلم يودي المال فيحكم بعتقه او يتوفي
فيحكم بعجزه فوجب الجمع بين العدتين ولو تزوج المكاتب بنت مولاه ثم
مات المولي ومات المكاتب وترك وفا فعليها اربعة اشهر وعشرا دخل بها
اولم يدخل لان النكاح لا يتيسر بها عند ما يموت المولي فاذا مات المكاتب
عن مملوكته الحرة وجب عليها عدة الحرائر وان لم يترك وفا فعليها ثلاث
حيض ان كان قد دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها لانه مات
عاجزا فملكته قبل موته وانفسخ النكاح ووجبت عليها العدة بالعتق
في حال الحياة ان كان دخل بها والا فلا **فصل** واما احكام العدة فمنها
انه لا يجوز للاجنبي نكاح المعتدة **لقوله تعالي ولا تعزموا عقدة النكاح**
حتي يبلغ الكتاب اجله قيل لا تعزموا علي عقدة النكاح وقيل لا تعقدوا عقد
النكاح حتي ينقضي ما كتب عليهما من العدة ولان النكاح بعد الطلاق
الرجعي قايم من كل وجه في باب المحرمات احتياطا ويجوز لصاحب العدة
ان يتزوجها لان النهي عن التزوج للاجانب للازواج لان عدة الطلاق
انما لزمتها حقا للزوج لكونها باقية علي حكم نكاحه من وجه وانما
يظهر في حق التحريم علي الاجنبي لا علي الازواج اذ لا يجوز ان يمنع حقه
ومنها انه لا يجوز للاجنبي خطبة المعتدة صريحا سواء كانت مطلقة
او متوفا عنها زوجها اما المطلقة طلاقا رجعيا فلانها زوجة مطلقة
لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا تجوز خطبتها كما لا تجوز قبل الطلاق
واما المطلقة ثلاثا او بائنا والمتوفي عنها زوجها فلان النكاح حال قيام
العدة قايم من وجه لقيام بعض اثاره فيكون كالثابت من كل وجه في باب
الحرمة ولان التصريح بالخطبة حال قيام النكاح من وجه وقوف موقف
التلهم ووقع حول الخطبي وقد قال النبي صلي الله عليه وسلم من كان يومن بالله

واليوم

واليوم الاخر فلا يقفن مواقف التهم وقال من رتع حول الحمي يوشك ان يقع
فيه فلا يجوز التصريح بالخطبة اصلا واما التعريض فلا يجوز ايضا في عدة الطلاق
ولا باس بنفي عدة الوفاة والفرق بينهما من وجهين احدهما انه لا يجوز
للمعتدة من طلاق الخروج من منزلها اصلا لا بالليل ولا بالنهار لما امكن
التعريض علي وجه لا يقف عليه الناس والا لظهر بذلك الي بيت زوجها
فتصح واما المتوفي عنها زوجها يباح لها الخروج نهارا فيمكن التعريض
علي وجه لا يقف عليه سواهما والثاني ان تعريض المطلقة كالشتاب عداوة
وبغض بينهما وبين زوجها اذ العدة من حقه بدليل انه اذا لم يدخل بها
لا تجب العدة ومعني العداوة لا تتمكن بينه وبين الميت ولا بينه وبين
ورثته ايضا لان العدة في المتوفي عنها زوجها ليست لحق الزوج بدليل
انها تجب قبل الدخول بها فلا يكون التعريض في هذه العدة للتسبيب
الي العداوة والبغض بينه وبين ورثة المتوفي فلم يكن به باس والاصل
في جواز التعريض في عدة الوفاة **قوله تعالي ولا جناح عليكم فيما عرضتم**
به من خطبة النساء واختلف اهل التاويل في التعريض انه ما هو قال
بعضهم هو ان يقول لها انك لجميلة او اني فيك لراغب او انك لتعجبيني
او اني لا ارجو ان يجتمع اوما اجاورك الي غيري او انك لنافعة وهذا غير
سديد ولا يحل لاحد ان يشافه امراة اجنبية لا يحل له نكاحها للحال
بمثل هذه الكلمات لان بعضها صريح في الخطبة وبعضها صريح في الاضمار
الرغبة فلا يجوز شيء من ذلك وانما المرخص هو التعريض وهو ان يدري
من نفسه الرغبة في نكاحها بدلالة في الكلام من غير تصريح به اذ
التعريض في اللغة هو تضمن الكلام من الدلالة علي شيء من غير التصريح
بالقول علي ما ذكر في الخبر ان فاطمة بنت قيس لما استشارت رسول الله صلي الله
عليه وسلم وهي معتدة وقال لها اذا انقضت عدتك فاذنيني فاذنتيه رجلين
كانا خطباها فقال لها اما فلان فانه لا يرفع العصا عن عاتقه واما فلان
فانه صعلوك لا شيء له فهل لك في اسامة بن زيد فكان قوله فاذنيني كناية

خطاب الي ان اشار الي اسامة ابن زيد وصرح به وعن ابن عباس
رضي الله عنهما انه قال التعريض بالخطبة ان يقول لها ان اريد
ان اتزوج امراة من امرها كذا ومن امرها كذا التصريح لها بالقول والله
اعلم ومنها حرمة الخروج من البيت لبعض المعتدات دون بعض
وجملة الكلام فيه الحكم ان المعتدة لا تخلو اما ان تكون معتدة من نكاح
صحيح واما ان تكون معتدة من نكاح صحيح وفاسد ولا تخلو اما ان تكون
حرة واما ان تكون امة مدبرة او مكاتبة او معتقة بعضها او محبونة مسلمة
او كتابية مطلقة او متوفا عنها زوجها والحال حال الاختيار او حال
الاضطرار فان كانت معتدة من نكاح صحيح وهي مطلقة او متوفى عنها
زوجها حرة عاقلة بالغة مسلمة فانها لا تخرج ليلا ولا نهارا سواء كان
الطلاق ثلاثا او بائنا او رجعيا اما في الطلاق الرجعي فلقوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة
قيل في تأويل قوله تعالى الا ان يأتين بفاحشة مبينة الا ان تزني
فتخرج لاقامة الحد وقيل الفاحشة هي الخروج لنفسه الا ان يخرجن
فيكون خروجهن فاحشة نهى الله تعالى الازواج عن الاخراج والخروج
ولانها زوجته بعد الطلاق الرجعي لقيام ملك النكاح من كل وجه
فلا يباح لها الخروج وان اذن لها بالخروج بخلاف ما قبل الطلاق
لان الحرمة ثمة لحق الزوج خاصة فيملك ابطال حق نفسه بالاذن
بالخروج ولان الزوج يحتاج الى تحصين مائه والمنع من الخروج
طريق تحصين الماء لان الخروج يريب الزوج انه وطيها غيره فيشتبه
النسب اذا حبلت واما في الطلاق الثلاث والبائن فلعموم النهي
ومساس الحاجة الى تحصين الماء بينا واما المتوفى عنها زوجها
فلا تخرج ليلا ولا بأس بان تخرج بالنهار حوائجها لانها تحتاج
الى الخروج بالنهار لاكتساب المعيشة لانه لا نفقة لها من الزوج
المتوفى بل نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج لتحصيل المقصود ولا تخرج

بالليل

بالليل لعدم الحاجة الى الخروج بالليل بخلاف المطلقة فان نفقتها على الزوج
فلا تحتاج الى الخروج حتى لو اختلفت بنفقة عدتها بعض مشايخنا قالوا
يباح لها بالنهار والاكتساب لانها بمعنى المتوفى عنها زوجها وبعضهم قالوا
لا يباح لانها متى ابطلت النفقة باختيارها والنفقة حق لها فيقدر
على ابطالها فاشبه الزوم البيت فحتى عليها فلا تملك ابطاله واذا خرجت
بالنهار لا تبيت عن منزلها التي تعتد فيه والاصل فيه ما روي ان فريعة
اخت ابي سعيد الخدري رضي الله عنه لما قتل زوجها ان النبي صلى
الله عليه وسلم استاذنته للخروج الى بني حذرة فقال لها امكثي
في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله فافاد الحديث حكمين اباحة الخروج
بالنهار وحرمة الانتقال حتى لم ينكر خروجها ومنعها من الانتقال
فدل على جواز الخروج بالنهار من غير انتقال وروي علقمة ان نسوة
من همدان نفاليمين ازواجهن فسالنا ابن مسعود رضي الله
عنه فقلن انا نستوحش فامرهن ان يجتمعن بالنهار فاذا كان بالنهار
فليرجع كل امراة الى بيتها وروي عن محمد رحمه الله انه لا باس ان تنام
عن بيتها اقل من نصف الليل لان البيتوتة في العرف عبارة عن
الكون في البيت اكثر الليل فما دونه لا يسمى بيتوتة في العرف
ومنزلها الذي تؤمر بالكون فيه والمعتاد هو الموضع الذي كانت
تسكنه قبل مفارقة زوجها وقبل موته سواء كان الزوج ساكنا فيه او لم
يكن لان الله تعالى اضاف البيت اليها بقوله لا تخرجوهن من
بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا قال اصحابنا
رحمهم الله انها اذا زارت اهلها فطلقها زوجها فعليها ان تعود
الى منزلها الذي كانت تسكن فيه فتعتد فيه لان ذلك الموضع
هو الذي يضاف اليها وان كانت باقي في غيره في حالة الاختيار
فاما في حال الضرورة بان اضطرت الى الخروج بان خافت سقوط
منزلها او خافت على متاعها او كان المنزل باجرة ولا تجد ما تؤديه

في اجرته في عدة الوفاة فلا باس بعقد ذلك ان تشغل وان كانت تقدر على الاجرة لا تشغل وان كان المنزل لزوجها او قدمات عنهما فلهما ان تسكن في نصيبهما ان كان ما يصيبهما من ذلك مما تكتفي وتستغني عن سائر الورثة ممن للبيت محرم لها وان كان نصيبهما لا يكفيهما او خافت على متاعها منهم فلا باس ان تشغل وانما كان كذلك لان السكنى وجبت بطرق العبادة حقا لله تعالى عليهما والعبادات تسقط بالاعذار وقد روي انه لما قتل عمر نقل علي ام كلثوم رضي الله عنهم لانها كانت في دار الامارة وروي ان عائشة نقلت اختها ام كلثوم بنت ابي بكر لما قتل طلحة رضي الله عنهم فدل ذلك على جواز الانتقال للعذر وان كانت تقدر على اجرة المنزل في عدة الوفاة فلا عذر فلا تسقط عنها العبادة كالمتيمم اذا قدر على شراء الماء ان وجد ثمنه وجب عليه الشراء وان لم يقدر لا تجب لعذر العدم كذلك ها هنا واذا انتقلت لعذر يكون سكناها في البيت الذي انتقلت اليه بمنزلة كونها في المنزل الذي انتقلت منه في حرمة الخروج عنه لان الانتقال من الاول اليه كان لعذر فصار المنزل الذي انتقلت اليه كانه منزلها من الاصل فلزمها المقام فيه حتى تنقضي العدة وكذا ليس للمعتدة من طلاق ثلاث او بائن ان تخرج من منزلها الذي تعتد فيه الى سفر اذا كانت معتدة من نكاح صحيح وهي على الصفات التي ذكرناها ولا يجوز للزوج ان يسافر بها لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وقوله هن كناية عن المعتدات ولان الزوجية قد زالت بالثلاث والبائن فلا يجوز له المسافرة بها وكذا المعتدة من طلاق رجعي ليس لها ان تخرج الى سفر سواء كان سفر حج فريضة او غيره ذلك لا مع زوجها ولا مع محرم غيره حتى تنقضي عدتها او يراجعها لعموم قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن من غير فصل بين خروج وخروج ولما ذكرنا ان الزوجية قائمة لان ملك النكاح قائم فلا يباح لها الخروج ولان العدة لما منعت اصل الخروج فلان

تمنع

تمنع من خروج مديد وهو الخروج الى السفر اولى وانما استوى فيه سفر الحج وغيره وان كان حج الاسلام فرضا لان المقام في منزلها واجب لا يمكن تداركه بعد انقضاء العدة وسفر الحج واجب يمكن تداركه بعد انقضاء العدة لان جميع العمر وقته فكان تقديم واجب لا يمكن تداركه بعد الفوت جمعا بين الواجبين فكان اولى وليس لزوجها ان يسافر بها عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر له ذلك واختلف مشايخنا في تخريج قول زفر قال بعضهم انما قال ذلك لانه قد ثبت من اصل اصحابنا ان الطلاق الرجعي عدم في حق الحكم قبل انقضاء العدة فكان الحال قبل الرجعة وبعدها سواء وقال بعضهم انما قال ذلك لان المسافرة بها رجعة عنده دلالة ووجهه ان اخراج المعتدة من بيت العدة حرام فلو لم يكن من قصده الرجعة لم يسافر بها ظاهرا حترازا عن الحرام فتجعل المسافرة بها رجعة دلالة حملا للامر على الصلاح صيانة له عن ارتكاب الحرام ولهذا جعلنا القبلة واللمس عن شهوة رجعة كذا هذا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة نفى الازواج عن الاخراج والنساء عن الخروج وبه تبين فساد التخريج الاول لان نص كتاب الله تعالى يقتضي حرمة اخراج المعتدة وان كان ملك النكاح قائما في الطلاق الرجعي فيترك القياس في مقابلة النص والقياس ابو حنيفة فيما روي عنه انه قال لا يسافر ليس من قبل انه غير زوج هو زوج وهو بمنزلة المحرم لكن الله تعالى قال لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن واما التخريج الثاني وهو قولهم ان مسافرة الزوج بها بمنزلة الرجعة ممنوع وما ذكروا ان الظاهر انه يريد الرجعة حذرا عن الحرام قلنا ذلك فيما كان السبب والتحريم ظاهرا فاما فيما كان خفيا فلا وحرمة اخراج المعتدة عن طلاق رجعي مع قيام ملك النكاح من كل وجه مما يخفى على العوام فضلا عن الخواص فلا يثبت الامتناع عنه من طريق الدلالة مع ان الخلاف ثابت فيما اذا كان الزوج يقول انه لا يراجعها

ولا معتبر بالدلالة مع النص بخلافها واذا لم تكن المسافرة بها ولا لة الزوج
فلها خروجها لا خروجها مع قيام العدة وهذا حرام بالنص وقد قالوا ايضا
خرجت محرمة فطلقها الزوج وبينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام
انها ترجع وتصير بمنزلة المحصر لانها صارت ممنوعة عن المضي في
حجها لكان العدة فاما اذا رجعها الزوج فقد بطلت العدة وعادت
الزوجية فجاز السفر بها وسيوي الجواب في حرمة الخروج والاخراج
الى السفر وما دون ذلك لعموم النهي الا ان النهي عن الخروج والاخراج
الى ما دون السفر اخف لخفة الخروج او الاخراج في نفسه واذا
خرج الرجل مع امرأته مسافرا فطلقها في بعض الطريق او مات
عنها فان كان بينهما وبين مصرها الذي خرجت منه اقل من
ثلاثة ايام وبينهما وبين مقصدها ثلاثة ايام فصاعدا رجعت الى
مصرها لانها لو مضت لا حتاجت الى انشاء سفر وهي معتدة ولو
رجعت ما احتاجت الى ذلك فكان الرجوع اولى كما اذا طلقت في المصر
خارج بيتها انها تعود الى بيتها كذا هذا وان كان بينهما وبين مصرها
ثلاثة ايام فصاعدا وبينهما وبين مقصدها اقل من ثلاثة ايام
فانها تمضي لانه ليس في المضي انشاء سفر وفي الرجوع انشاء
سفر والمعتدة ممنوعة عن السفر وسواء كان الطلاق في موضع
لا يصلح للاقامة كالمفازة ونحوها او في موضع يصلح لهما كالمصر ونحوه
وان كان بينهما وبين مصرها ثلاثة ايام وبينهما وبين مقصدها
ثلاثة ايام فصاعدا فان كان الطلاق في المفازة او في موضع لا يصلح
للاقامة بان خافت على نفسها او متاعها فهي بالخيار ان شاءت مضت
وان شاءت رجعت لانه ليس احدهما بأولى من الآخر سواء كان
معها محرم اولم يكن فاذا مضت او عادت فبلغت ادنى المواضع
التي تصلح للاقامة في مضيها او رجوعها اقامت فيه واعتدت ان
لم تجد محرما بلا خلاف وان وجدت فكذلك عند ابي حنيفة لانه لو

وجد

وجد الطلاق فيه ابتدا لكان لا يجوز لها ان تتجاوزه وان وجدت محرما
فكذا اذا وصلت اليه وان كان الطلاق في المصر او في موضع يصلح للاقامة
اختلف فيه قال ابو حنيفة تقر فيه حتى تنقضي عدتها ولا تخرج
بعد انقضاء عدتها الا مع محرم حجا كان او غيره وقال ابو يوسف ومحمد
ان كان معها محرم مضت على سفرها وجه قولهما ان حرمة الخروج
ليست لاجل العدة بل لكان السفر بدليل انه يباح لها الخروج اذا
لم يكن بين مقصدها ومنزلها ثلاثة ايام ومعلوم ان الحرمة الثابتة
للعدة لا تختلف بالسفر وغير السفر واذا كانت الحرمة لكان السفر سقط
بوجود المحرم ولابي حنيفة ان العدة مانعة من الخروج والسفر في
الاصل الا ان الخروج الى ما دون السفر هاهنا سقط اعتبارا لانه ليس
بخروج مبتدا بل هو مضي على الخروج الاول فلا يكون له حكم نفسه بخلاف
الخروج من بيت الزوج لانه خروج مبتدا اذا كان من الجانبين
جميعا مسيرة سفر كانت بمنزلته للخروج باعتبار السفر فيستوي وله
التحريم وما حرم لاجل العدة لا يسقط بوجود المحرم واما المعتدة في
النكاح الفاسد فلما ان تخرج لان احكام العدة مرتبة على النكاح الصحيح
بل هي احكام النكاح السابق في الحقيقة بقيت بعد الطلاق والوفاة
والنكاح الفاسد لا يفيد المنع من الخروج فكذا العدة الا اذا منعها الزوج
لتحصين ما يجد فلذلك واما الامة والذمية وام الولد والمكاتبة والمستسقاة
على اصل ابي حنيفة فيخرجن في ذلك كله في الطلاق والوفاة اما الامة فلما ذكرنا
ان حال العدة مبنية على حال النكاح لا يلزمها المقام في منزل زوجها
في حال النكاح كذا في حال العدة ولان حق مولاها حق المولى فلو منعناها
من الخروج لابطلنا حق المولى في الخدمة من غير رضاه وهذا لا يجوز
الا اذا كان مولاها منزلا فحينئذ لا تخرج ما دامت على ذلك لانه
رضي باسقاط حق نفسه واذا اراد المولى ان يخرجها فله ذلك لان
الخدمة للمولى وانما كان اعارها للزوج وللمولى ان يسترد العارية ولما

ذكرنا ان حال العدة معتبرة بحال النكاح مرتبة عليها ولو بوأها
المولى في حال النكاح كان للمزوج ان يمنعها من الخروج حتى يبيد ول
للمولى فكذا في حال العدة وروي بن سماعة عن محمد في الامة اذا
طلقها زوجها وكان المولى مستغنيا عن خدمتها فلها ان تخرج
وان لم يامرها لانه قال اذا جاز لها ان تخرج باذنه جاز لها ان تخرج
بكل وجه لان حرمة الخروج بحق الله تعالى فلو لزمتها
لم تسقط باذنه وكذلك المدبرة لما قلنا وكذا ام الولد اذا طلقها
زوجها او مات عنها لانها امة المولى وكذا اذا اعتقت او مات
عنها سيدها لها ان تخرج لان عدتها عدة ولي وكانت كالمنكوحة
نكاحا فاسدا واما المكاتبة فلان سعايتها حق المولى اذ بها
يصل المولى الى حقه فلو منعناها من الخروج لتعذرت عليها
السعاية والمعتق بعضها بمنزلة المكاتبة عند ابي حنيفة
وعندهما حرة وان اعتقت الامة في العدة يلزمها فيما
بقي من عدتها لانه يلزم الحرة لان المانع من الخروج قد زال
واما الصغيرة فلها ان تخرج من منزلها اذا كانت الفرقة
لا رجعة فيها سواء اذن الزوج لها او لم يأذن لان وجوب
السكنى في البيت على المعتدة لحق الله تعالى وحق الله
تعالى لا يجب على الصبي وحق الزوج في حفظ الولد ولا ولد
منها وان كانت الفرقة رجعية فلا يجوز لها الخروج بغير اذن
الزوج لان زوجته ولو اذن لها بالخروج وكذا المجنونة
لها انها تخرج من منزلها لانها غير مخاطبة كالصغيرة الا ان
لزوجها ان يمنعها من الخروج لتخصين ماله بخلاف الصغيرة
فان الزوج لا يملك منعها لان المنع في حق المجنونة لصيانة الماء
لاحتمال العقل والصغيرة لا تعقل والمنع في الطلاق الرجعي لكونها زوجة
واما الكتابية فلها ان تخرج لان السكنى في العدة حق لله تعالى

من وجه

وجه فيكون عبارة من هذا الوجه والكفار لا يخاطبون بشرايع هي عبادات
الا اذا اعتقدها الزوج لتحصين ماله لان للزوج حقا في العدة وهو صيانة
ماله عن الاختلاط فان اسلمت الكتابية في العدة لزمها فيما بقي من
عدتها ما يلزم المسلمة لان المانع من اللزوم وهو الكفر وقد زال بالاسلام
وكذا المجوسية اذا اسلم زوجها وابت الاسلام حتى وقعت الفرقة
ووجبت العدة فان كان الزوج قد دخل بها لها ان تخرج لما قلنا
الا اذا اراد الزوج منها لتحصين ماله فاذا طلب ذلك منها لزمها
لان حق الانسان يجب ايفاؤه عند طلبه ولو قبلت المسلمة ابن زوجها
حتى وقعت الفرقة بجميعها ووجبت العدة فاذا كان بعد الدخول
فليس لها ان تخرج من منزلها لان السكنى في العدة فيما حق الله
تعالى وهي محاطبة بحقوق الله تعالى واما بعد انقضاء العدة
فلها ان تخرج الى ما دون مسيرة سفر بلا محرم لانها تحتاج الى ذلك
فلو شرط المحرم لضاق الامر عليها وهذا لا يجوز ولا يجوز لها ان
تخرج الى مسيرة سفر الا مع المحرم والاصل فيه ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام الا ومعها زوجها
او ذو ارحم محرم منها وسواء كان المحرم من النسب او الرضاع او
المصاهرة لان النص وان ورد في الرحم المحرم فالمقصود هو الحرمية
وهو حرمة المناكحة بينهما على التابيد وقد وجد فكان النص الوا
في الرحم وارد في المحرم بالرحم ومنهما وجوب الاحداد على المعتدة
والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع احدها في تفسير الاحداد والثاني
في بيان ان الاحداد واجب في الجملة ام لا والثالث في شرايط وجوبه
اما الاول فالاحداد في اللغة عبارة عن الامتناع من الزينة يقال
احدت المراة على زوجها وحدت اي امتنعت من الزينة وهو ان يجتنب
الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتجتنب الدهن والكحل
ولا تختضب ولا تمتشط ولا تلبس حليا ولا تتشوف اما الطيب فلما

رد

جما

روت ام سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهي المعتدة ان تختضب بالحنا وقال الحنا طيب فيدل على وجوب
اجتناب الطيب ولان الطيب فوق الحنا فالنهي عن الحنا يكون نهيا
عن الطيب دلالة كالنهي عن التانيف يكون نهيا عن الضرب والقتل
دلالة ولذا لبس الثوب الطيب والمصبوغ بالعصفر والزعفران له
رائحة طيبة فكان كالطيب واما الدهن فلما فيه من زينة الشعر وفي
الكحل زينة العين ولهذا حرم على المحرم جميع ذلك وهذا في حال الاختيار
واما في حال الضرورة فلا باس به بان اشتكت عينها فلا باس ان تكتحل
او اشتكى راسها فلا باس ان تصب فيه الدهن اولم يكن لها الا ثوب
مصبوغ فلا باس ان تلبسه لكن لا تقصد به الزينة لان مواضع
الضرورة مستثناة وقال ابو يوسف لا باس ان تلبس القصب
والخز الاحمر وذكر في الاصل ولا تلبس قصبا ولا خزا تتزين به لان
الخز والقصب قد يلبس للزينة وقد يلبس للحاجة والدفاء فاعتبر
فيه القصد فان قصدت به الزينة لم يجز وان لم تقصد جاز واما
بيان انه واجب ام لا فمقبول لا خلاف بين الفقهاء ان للزوج على عنها وجها
يلزمها الاحداد وقال ثقاة القياس لا احداد عليها وهم محجوجون
بالاحاديث واجماع الصحابة رضي الله عنهم اما الاحاديث فمنها
ما روي ان ام حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت ابيها ابي سفيان
انتظرت ثلاثة ايام ثم ادعت بطيب وقالت ما لي الى الطيب من
حاجة لكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامراة
تومن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها
اربعة اشهر وعشرا وروي ان امراة مات زوجها فجاءت الى النبي صلى
الله عليه وسلم تستاذنه في الانتقال فقال عليه السلام ان احدكن كانت
تمكث في شر احلاسها الى الحول ثم تخرج فترمي البعرة افلا اربعة
اشهر وعشر قد الحديث على ان عدة من كانت قبل نزول هذه الاية

حولا

حولا وانما من كان في شر احلاسها من مدة الحول ثم انتسخ ما زاد على هذه
المدة في شر احلاسها وهذا تفسير الحداد واما الاجماع فانه روي
عن جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن عمر وعايشة وام سلمة وغيرهم
رضي الله عنهم مثل قولنا وهو قول السلف ولم يختلف في المطلقة
ثلاثا بانا قال اصحابنا رحمهم الله يلزمها الحداد وقال الشافعي
لا يلزمها وجه قولنا ان الحداد في المنصوص انما وجب لحق الزوج
تاسفا على ما فاتها من حسن العشرة ودوامة الصحابة الى وقت
الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة لانه لو حشها بالفرقة
وقطع الوصلة باختياره ولم يمت عنها فلا يلزمها التاسف
ولنا ان الحداد انما وجب على المتوفى عنها زوجها بفوات
النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة لجمعها لما فيه من قضاء
شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدرور
النفقة وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الحداد واظهار
للمصيبة والحزن وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث
والبائنة فيلزمها الاحداد وقوله الاحداد في عدة الوفاة وجب
لحق الزوج لا يستقيم بانه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة
ايام كما في موت الاب واما شرايط وجوبه فهي ان تكون المعتدة
بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها
زوجها او مطلقة ثلاثا او بائنا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة
الكتابية وجه قولنا ان الحداد من احكام العدة
وقد لزمها العدة فيلزمها حكمها ولنا ان الحداد عبادة بدنية
فلا يجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من
الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فانها اسم لمضي الزمان
وذا لا يختلف بالاسلام والكفر وبالصغر وبالكبر على ان
بعض اصحابنا قالوا لا يجب عليهما العدة وانما يجب علينا الا تتزوجها

ولا احداد على ام الولد اذا اعتقها مولاها او مات عنها لانها تعتد من
الوطي كالمنكوحة نكاحا فاسدا ولا احداد على المعتدة من نكاح فاسد
فكذلك عليها ولا احداد على المطلقة طلاقا رجعيا لانها يجب الهما
المصيبة على فوت نعمة النكاح والنكاح بعد الطلاق الرجعي غير
فايت بل هو قايم من كل وجه فلا يجب الحداد بل يستحب لهما ان
تتزين لتحسن في عين الزوج فيراجعها ولا احداد في النكاح
الفاسد لان النكاح الفاسد ليس بنعمة في الدين لانه معصية
ومن المحال ايجاب اظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب
اظهار السرور والفرح على فواتها واما الحرية فليس بشرط لوجوب
الاحداد فيجب الاحداد على الامة والمدبرة وام الولد اذا كان لها زوج
فمات عنها او طلقها والمكاتبة والمستسعاة لان ما يجب لهما الاحداد
ولا يختلف بالرق والحرية فكانت الامة فيه كالحرة والله اعلم وسنها
وجوب النفقة والسكنى لبعض المعتدات دون بعض وجملة الكلام م
فيه ان للمعتدة اما ان كانت عن طلاق او عن فرقة بغير طلاق واما ان
كانت عن وفاة ولا تخلوا اما ان تكون معتدة من نكاح صحيح او فاسد
وها هو في معنى النكاح الفاسد فان كانت معتدة من نكاح صحيح
عن طلاق فان كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف
لان ملك النكاح قايم فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ولما تذكر من
دلايل اخر وان كان الطلاق ثلاثا او بائنا فلها النفقة والسكنى عند
اصحابنا وقال الشافعي لها السكنى ولا نفقة لها وقال ابن ابي ليلى لا
نفقة لها ولا سكنى واحتج بقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا
عليهن حتى يضعن حملهن خص الحامل بالامر بالانفاق عليها فلو
وجب الانفاق على غير الحامل لبطل التخصيص وروي عن فاطمة بنت

قيس

قيس انها قالت طلقني زوجي فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم
نفقة ولا سكنى ولان النفقة تجب بالملك وقد زال الملك بالثلاث والبا ين
الان الشافعي يقول عرفت وجوب السكنى في الحايل بالنص بخلاف
القياس ولنا قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقراة
عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم والقرا
عليهن من وجدكم ولا اختلاف بين القراتين لكن احداهما تفسير
للاخرى كقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وقراة
ابن مسعود ايمانهما وليس ذلك اختلاف القراة بل قراة تفسير
للقراة الظاهرة كذا هذا ولان الامر بالاسكان امر بالانفاق لانها اذا
كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقوى على اكتساب النفقة فلو لم
تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت او ضاق الامر عليها وعسر
وهذا لا يجوز وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما اتاه الله من غير فصل بينما قبل الطلاق وبعده في العدة
ولان النفقة انما وجبت قبل الطلاق للتمكن من الحبس عن الخروج والبيو ت
لحق الزوج وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدة و
زاد بانضمام حق الشرع اليه لان الحبس قبل الطلاق كان حقا للزوج
على الخلوص وبعد الطلاق تعلق به حق الله تعالى حتى لا يباح لها
الخروج وان اذن الزوج لها بالخروج فلما وجبت النفقة قبل التاكد
فلان تجب بعد التاكد اولى واما الاية ففيها امر بالانفاق على الحامل وانه
لا ينفي وجوب الانفاق على غير الحامل ولا يوجبه ايضا فيكون مسكوتا
موقوفا على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا واما حديث
فاطمة بنت قيس فقد رده عمر رضي الله عنه فانه روي انما لها روت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة قال عمر رضي الله
عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امراة ولا ندري احفظت امر
كذبت وفي بعض الروايات قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا ونا خذ بقول

ان كانت طلاقا الاجماع لقوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا فلو لم تكن لها النفقة والسكنى لما كان لها ذلك

امرأة لعلها نسيت او شبه لها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لها السكنى والنفقة وقول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا
يحتمل انه اراد به قوله اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن
من وجدكم كما هو قراءة بن مسعود رضي الله عنه وتكون هذه قراءة عمر
رضي الله عنه ايضا ويحتمل انه اراد به قوله تعالى لينفق ذو سعة من
سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله مطلقا ويحتمل انه اراد
بقوله لا ندع كتاب ربنا في السكنى خاصة وهو قوله اسكنوهن من
حيث سكنتم من وجدكم كما هو القراءة الظاهرة واراد بقوله وسنة
نبينا ما روي عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها
السكنى والنفقة ويحتمل ان يكون عند عمر رضي الله عنه في هذا تلاوة
رفعت عينهما وبقي حكمها فاراد بقوله لا ندع كتاب ربنا تلك الاية
كما روي عنه انه قال في باب الرضا انا كنا نتلو في سورة الاحزاب الشيخ
والشيخة اذا زنيا فارجموهما نكالا من الله والله عزيز حكيم ثم رفعت
التلاوة وبقي حكمها كذا هاهنا وروي ان اسامة بن زيد كان اذا سمعها
يتحدث حصنها بذلك بكل شيء في يده وروي عن عائشة رضي الله
عنها انها قالت لما لقد فتنت الناس بهذا الحديث واقل احوال انكار
الصحابة على راوي الحديث ان يوجب طعنا فيه ثم قد قيل في تاويله
انما كانت هذه على الرجال اي تفحش عليهم باللسان من قولهم بذات
عليه اي تحشنت عليه اي كانت قليل لسانها عليهم بالفحش فنقلها
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بن ام مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا
سكنى لانها صارت كالناشزة اذا كان سبب الخروج منها وهكذا نقول
خرجت من بيت زوجها في عدة عدا او كان منها سبب اوجب الخروج
انها لا تستحق القسم ما دامت في بيت غير الزوج وقيل ان يزوجها
كان غائبا فلم يقض لها بالنفقة والسكنى على الزوج لفيبته اذ لا
يجوز القضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر كان قيل روي

ان

ان زوجها كان قد خرج الى الشام وقد كان وكل اخاه في الجواب انما وكل
بطلاقها ولم يوكله بالخصومة وقولهما ان النفقة تجب بمقابلة الملك
ممنوع فان للملك ضمانا اخر وهو المهر وانما يجب بالاحتباس وقد
بقي بعد الطلاق الثلاث والبائن فتبقى النفقة وسواء كانت المعتدة من
طلاق كبيرة او صغيرة مسلمة او كتابية لان ما ذكرنا من الدلايل لا يوجب
الفصل ولا نفقة ولا سكنى للامة المعتدة عن طلاق اذا لم يبوها المولى
بيتا لانها اذا لم يبوها بيتا فحق الحبس لم يثبت للزوج الاتري ان لها
ان تخرج وان كان المولى قد بوأها بيتا فلها النفقة والسكنى لثبوت
حق الحبس للزوج وكذلك المدبرة وام الولد اذا اطلقنا وبواهما
المولى بيتا اولم يبوهما لان كل واحدة منهما امة وكذا المكاتبة
والمستسعاة على اصل ابي حنيفة وان اعتقت ام الولد او مات
عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى لانها غير محبوسة الاتري ان
لها ان تخرج فلا تجب لها النفقة والسكنى كالمعتدة من نكاح فاسد
لان عدتها عدة الوطء لعدة للمنكوحة نكاحا فاسدا هذا اذا كانت معتدة
عن طلاق من نكاح صحيح وان كانت معتدة من نكاح فاسد فلا سكنى
لها ولا نفقة لما ذكرنا ان حال العدة معتبرة بحال النكاح ولا سكنى
ولا نفقة في النكاح الفاسد صحيح فكذا في العدة منه هذا اذا كانت
معتدة عن طلاق فان كانت معتدة عن فرقة غير طلاق من نكاح صحيح
فان كانت الفرقة من قبلها فلها النفقة والسكنى كيفما كانت الفرقة
وان كانت من قبلها فان كانت بسبب ليس بمعصية كالامة اذا اعتقت
فاختارت نفسها وامراة العنين اذا اختارت الفرقة فلها النفقة
والسكنى وان كانت بسبب هو معصية كالمسلمة قبلت ابن زوجها
بشهوة قالوا لا نفقة لها ولها السكنى لان السكنى فيها حق الله
تعالى وهي مسلمة مخالفة بحقوق الله تعالى واما النفقة فتجب حقا لها

على الخلوص فاذا وقعت الفرقة من قبلها لغير حق فقد ابطلت حق
نفسها خلاف المطلقة المعتدة وامرأة العنين لان الفرقة وقعت
من قبلهما بحق فلا يسقط النفقة هذا اذا كانت المعتدة عن
طلاق او عن فرقة بغير طلاق فان كانت معتدة عن وفاة فلا
سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج سواء كانت حايلا او حاملا لان
النفقة في باب النكاح لا تجب بعقد النكاح دفعة واحدة كالمهر
وانما تجب شيأ فشيأ على حسب مرور الزمان فاذا مات الزوج
انتقل ملك امواله الى الورثة فلا تجب النفقة والسكنى في عدة
الوفاة فهو لا اولى ولان المعتدة عن نكاح فاسد في الوفاة لا سكنى
لها ولا نفقة لانهما لا يستحقان بالنكاح الصحيح في هذه العدة
فبالنكاح الصحيح في هذه العدة فبالنكاح الفاسد اولى والله
اعلم ومنها ثبوت النسب اذا جاءت بولد والكلام في هذا الحكم يقع
في موضعين في الاصل احدهما في بيان ما يثبت به نسب ولد المعتدة
عن الدة والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من الحجة اي يظهر به
اما الاول فالاصل فيه ان اقل مدة الحمل ستة اشهر لقوله تعالى وحمله
وفصاله ثلاثون شهرا حمل الله ثلاثين شهرا مدة الحمل والفصال جميعا
ثم جعل الفصال وهو الفطام عامين بقوله وفصاله في عامين فبقي للحمل
ستة اشهر وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فانه
روي ان رجلا تزوج امراة فجاءت بولد لستة اشهر فهم عثمان رضي الله
عنه برجمها فقال ابن عباس اما انهما لو خاصمتكما بكتاب الله لخصمتكم
قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين
اشار الى ما ذكرنا ان اقل مدة الحمل ستة اشهر واكثرها سنتان
عندنا وعند الشافعي اربع سنين وهو محجوج بحديث عايشة رضي الله
عنها فانها قالت لا ينتقي الولد في رحم امه اكثر من سنتين ولو بقلكة مغزل
وروي ولو بقدر كة مغزل فالظاهر انما قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى

الله

الله صلى الله عليه وسلم لان هذا امر لا يدرك بالراي والاجتهاد ولا يطلع
عليها انما قالت ذلك جزافا وتحكما فنفين السماع واصلا خرج كل
مطلقة لم تلزمها العدة بان لم تكن مدخولا بها فنسب ولدها ثبت
من الزوج الا اذا علم يقينا انه ليس منه وهو ان جيء به لاكثر من
ستين وانما كان كذلك لان الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح
بجميع علايقه فكان النكاح من كل وجه زايلا بيقين وما زال بيقين فلا
يثبت الا بيقين مثله فاذا جاءت بولد لاقل من ستة اشهر فكان من وطي
على فراش الزوج وكون الملوف على فراشه يوجب ثبوت النسب منه
واذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا لم نستيقن بكونه مولودا على الفراش
لاحتمال ان يكون بوطي بعد الطلاق والفراش كان زايلا بيقين فلا
يثبت بالشك وعلى هذا خرج ما اذا الملف امراته قبل الدخول بها
فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ طلقها انه يلزمه لتيقننا بعلوقه
حال قيام النكاح واذا جاءت به لستة اشهر او اكثر لا يلزمه لعدم التيقن
بذلك ويستوي في هذا الحكم ذوات الاقراء وذوات الاشهر لما قلنا وعلى
هذا اما اذا قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة فطلقت فجاءت
بولد ان جاءت به لستة اشهر او اكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك ويستوي
في هذا الحكم ذوات الاقراء وذوات الاشهر لما قلنا وعلى هذا اما اذا قال كل
امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة فطلقت فجاءت بولد ان جاءت
به لستة اشهر من وقت النكاح الطلاق النكاح يثبت النسب لانها اذا جاءت
بولد لستة اشهر من وقت النكاح كان لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق
لان الطلاق يقع عقيب النكاح لان الحالف اوقعه كذلك الا ترى انه قال
فهي طالق والفا للتعقيب بلا تراخي وقال زفر لا يثبت النسب وروي
ان محمدا كان يقول مثل قوله ثم رجع وجه قول زفر ان ثبات النسب لعينه
امكان الوطي ولم يوجد اذ ليس بين الطلاق والنكاح زمان يسع فيه الوطي
بل كما وجد النكاح وقع الطلاق عقيبه بلا فصل فلا يتصور الوطي فلا يثبت

وانا نقول يمكن تصوره بان كان يخالط امرأته فدخل عليه الرجال فتزوجها
وهم يسمعون كلامه وانزاله من سماعه واذا تصور الوطي فالنكاح قائم
مقام الوطي المنزل عند تصوره شرعا للتوالد صلى الله عليه وسلم الولد للفراش
وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح لايثبت النسب لانه علم
بيقين يقينا انه بوطي وجد قبل النكاح ثم جاءت به لستة اشهر من وقت
النكاح حتى يثبت النسب يجب على الزوج مهر كامل كذا ذكر في ظاهر
الروايات لانها صارت في حكم المدخول بها وذكر ابو يوسف في الامالي
ان القياس ان يجب عليه مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق قبل الدخول
ومهر كامل بالدخول ووجهه ان يجعل الطلاق واقعا كما تزوج فيجب
نصف المهر لوجود الطلاق قبل الدخول ومهر كامل بالدخول ووجهه
ان يجعل الطلاق واقعا كما تزوج فيجب نصف المهر لوجود الطلاق قبل
الدخول ثم يجعل والدها بعد الدخول بناء على ان عنده ان الطلاق غير واقع
لانه يرى ان تعليق الطلاق بالملك لايصح كما هو مذهب الشافعي فيجب
المهر بعد الوطي ويثبت النسب لان المسئلة مجتهد فيها فلا يكون فعله
زنا الا ان ابا حنيفة استحسن وقال لايجب الا مهر واحد لانها كانا
لمدخول بها من طريق الحكم فتأكد المهر وان طلقها بعد الدخول بها فجاءت
بولد فجملة الكلام فيه ان يقال ان المعتدة لاتخلو اما ان كانت معتدة عن
طلاق او عن غيره من اسباب الفرقة واما ان كانت معتدة عن وفاة وكل
واحدة منهما لاتخلو اما ان كانت من ذوات الاقراء او من ذوات الاشهر
فان كانت اقراء فانقضاء عدتها اولم تقر فان كانت معتدة عن طلاق فا
الطلاق لاتخلو اما ان يكون بائنا واما ان يكون رجعيا فان كان بائنا
واما ان يكون رجعيا فان كان بائنا وهي من ذوات الاقراء ولم تكن اقرت
بانقضاء العدة فجاءت بولد فان جاءت الى سنتين منذ طلقها لزمه لانه يحتمل
ان يكون الحمل قد حدث بعد الطلاق ويحتمل ان يكون من وطي
وجد في حال قيام النكاح وكانت حاملا وقت الطلاق لان الولد يبقى في البطن

الى سنتين بالاتفاق وهذا المهر الاحتمالين اذ الظاهر من حال المسلم ان
لايتزوج في العدة وحمل امور المسلم على الصلاح والسداد واجب ما امكن
فيحمل عليه او يقول النكاح كان قائما بيقين والفراش كان ثابتا لقيام النكا
واثبات بيقين لايزول الا بيقين مثله فاذا كان احتمال العلوق على الفراش
قائما لم نتيقن بانقضاء العدة وزوال النكاح من كل وجه فلم نتيقن
بزوال الفراش ولا يحكم بالزوال بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين
لم يلزمه ان انكره لانا تيقنا انه ليس منه لان الولد لايبقى في البطن
اكثر من سنتين لم يلزمه ان انكره فلا يثبت نسبه منه مالم يدع فاذا
ادعى يثبت النسب منه وهل يشترط تصديقها فيه روايتان واختلف
في القضاء عندنا قال ابو حنيفة ومحمد يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة
لستة اشهر وترد ما اخذت من نفقة هذه المدة وقال ابو يوسف
القضاء عندنا بوضع الحمل ولاترد شيأ من النفقة وجه قوله انه يحتمل انه
وطيها احبني لشبهه ويحتمل ان الزوج وطيها بشبهة فلا ترد النفقة
بالشك ولهما ان الولد لابد وان يكون من وطي حادث بعد الطلاق لان
الولد لايبقى في البطن اكثر من سنتين فلا يجوز ان يحمل على ان الزوج
وطيها لانه حرام ولا على ان اجنبيا وطيها بشبهة لان ذلك حرام وظاهر
حال المسلم التحرز عن الحرام فتعين الحمل على وطي حلال وهو الوطي
في نكاح صحيح فيحمل على انعقاد عدتها قد انقضت وتزوجت واقل مدة
الحمل ستة اشهر فوجب نفقة ستة اشهر لانه تبين انها لم تكن عليه
وقد خرج الجواب مما ذكر ابو يوسف على انا ان حملنا على ان اجنبيا
وطيها بشبهة تسقط النفقة عن زوجها الاعمى قالوا في المنكوحة اذا
تزوجت فحملت من غير زوجها انه لا نفقة لها وان كانت اقرت
بانقضاء العدة وذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة ثم جاءت بولد
في ستة اشهر فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم اقرت لزمه ايضا

وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا من وقت الاقرار لم يلزمه لان الاصل ان
المعتدة مصدقة في الاخبار عن انقضاء عدتها اذ الشرع ايتمنها على
ذلك فتصدق مالم يظهر غلطها او كذبها بيقين فاذا جاءت به لاقل من
ستة اشهر من وقت الاقرار علمنا غلطت او كذبت لانه تبين انها كانت
معتدة وقت الاقرار اذ المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر فاقرارها بانقضاء
العدة وهي معتدة يكون غلطا او يكون كذبا اذ هو اخبار عن المخبر لا على
ما هو به هذا احد الكذب فالتحق اقرارها بالعدم واذا جاءت به لستة
اشهر او اكثر لم يظهر كذبها لاحتمال انها تزوجت بعد اقرارها بعد انقضاء
عدتها فجاءت منه بولد فلم يكن ولد الزنا لكن ليس له نسب معروف فلزم
تصديقها في اخبارها بانقضاء عدتها على الاصل فلم يلزم الزوج الولد
وهذا الذي ذكرنا مذهبنا وقال الشافعي اذا اقرت ثم جاءت بولد لتمام ستة
اشهر يثبت النسب مالم تتزوج وجه قوله ان اقرارها بانقضاء عدتها
يتضمن ابطال حق الصبي وهو تضييع نسبه لان النسب يثبت حقا
للصبي فلا يقبل ولنا ما ذكرنا ان الشرع ايتمنها في الاخبار بانقضاء
العدة حيث نهاها عن كتمان ما في رحمها والنهي عن الكتمان امر بالا
ظهار والامر بالامر بالقبول وقوله يتضمن ابطال حق الصبي في
النسب ممنوع فان ابطال الحق بعد ثبوته يكون والنسب ها هنا غير ثابت
لما ذكرنا فكيف يتصور ابطاله وان كان الطلاق رجعيا فجاءت بولد لم
يقر بانقضاء العدة فان جاءت به الى سنتين من وقت الطلاق لزم الزوج
وانقضت عدتها وبانت لما ذكرنا في الطلاق البائن وان كانت لاكثر من
سنتين لزم الزوج ايضا وصار مراجعا وانما كان كذلك لان العلوق حصل
من وطي بعد الطلاق ويمكن حمله على الوطي الحلال وهو وطي الزوج لان
الطلاق الرجعي لا يحرم الوطي بملكه وطيها مالم تقر بانقضاء عدتها
فوجب حمله عليه ومتى حمل عليه صار مراجعا فان قيل فلا حمل عليه فيما

اذا

اذا جاءت به لاقل من سنتين ليصير مراجعا لهما فالجواب انه هناك لا يمكن
الحمل عليه لانه لو حمل عليه للزم اثبات الرجعة بالشك لان الامر محتمل
يحتمل ان يكون العلوق من وطي بعد الطلاق فيكون رجعة ويحتمل ان يكون
من وطي قبل الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فتبين ان
يكون من وطي بعد الطلاق وامكن حمله على الوطي الحلال فيحمل عليه فيصير
مراجعا بالوطي فاقترقا وان كانت اقرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي في
مثلها العدة فان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ اقرت لزمه وان جاءت
به لستة اشهر او اكثر من ذلك من وقت الاقرار لم يلزمه لما ذكرنا في الطلاق
البائن هذا اذا كانت المعتدة عن طلاق من ذوات الاقراء اما اذا كانت
من ذوات الاشهر فان كانت ايسة فجاءت بولد فان كانت لم تقر بانقضاء
عدتها فحكمها حكم ذوات الاقراء وقد ذكرناه سواء كان الطلاق رجعيا
او بائنا اذا جاءت بولد الى سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من الزوج
لانها لما ولدت علم انها ليست بايسة بل هي من ذوات الاقراء وان كانت
اقرت بانقضاء عدتها فان كانت اقرت به مع ثلاثة اشهر فكذلك لانه
لما تبين انها لم تكن ايسة تبين ان عدتها لم تكن بالاشهر فلم يصح اقرارها
بانقضاء عدتها بالاشهر فالتحق اقرارها بالعدم وجعل كانها لم تقر اصلا
وان كانت اقرت به مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء فان ولدت لاقل من
ستة اشهر منذ اقرت يثبت النسب والا فلا لانه لما بطل الياس لتعذر حمل
اقرارها على الاقرار بانقضاء الاشهر لبطلان الاعتذار بالاشهر فيحمل
على الاقرار بالانقضاء بالاقراء حملا لكلام العاقلة المسلمة على الصحة
عند الامكان وان كانت صغيرة فجاءت بولد فالامر لا يخلو من ثلاثة
اوجه اما ان كانت اقرت بانقضاء العدة بعد مضي ثلاثة اشهر وان كانت
لم تقر ولكنها اقرت انها حامل في مدة العدة وهي الثلاثة الاشهر او اما
ان سكتت وكل وجه على وجهين اما ان كان الطلاق بائنا او رجعيا
فان كانت اقرت بانقضاء العدة عند مضي ثلاثة اشهر او اكثر لا يثبت

لان اقراره الصغيرة بانقضاء عدتها مقبول في الظاهر لانها اعرف بعدتها من
غيرها ولهذا لو اقرت بالبلوغ بقبل اقرارها غير انها لما جاءت به لاقل من
ستة اشهر من وقت الاقرار فقد ظهر كذبها في اقرارها لا بتين انها كانت
معتدة وقت الاقرار فالتحق اقرارها بالعدم واذا جاءت به لستة اشهر
فصاعدا لم يظهر كذبها في اقرارها لجواز انها تزوجت بعد انقضاء
عدتها وهذا الولد منه والطلاق البائن والرجعي في هذا الوجه
سواء وان لم تكن اقرت بانقضاء العدة ولكنها اقرت بالحمل في مدة
العدة وان كان الطلاق بائنا يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلا ق
وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانها لما اقرت بالحمل
في المدة فقد حكمنا ببلوغها فصار حكمها حكم البالغة فاذا جاءت
بولد يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق ان كان الطلاق
بائنا لما مر انه يحكم بالحلوق قبل الطلاق واذا جاءت به لاكثر من سنتين
لا يثبت لانه حمل على حلوق حادث بعد الطلاق وان كان الطلاق
رجعيا يثبت النسب الى سنتين وثلاثة اشهر لانه ظهر ان الحلوق
كان في العدة وعدتها ثلاثة اشهر والمعتدة من طلاق رجعي اذا
حملت في العدة يصير الزوج مراجعا لها وان جاءت به لاكثر من سبعة
وعشرين شهرا لا يثبت النسب لانه تبين ان الحلوق كان بعد مضي
الثلاثة الاشهر ولان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فلا يصير
مراجعا لها وان لم تقر بشيء اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد
سكوتها كاقرارها بانقضاء العدة انما ان جاءت به لاقل من ستة
اشهر من وقت الطلاق يثبت النسب وان جاءت به لستة اشهر
او لاكثر لا يثبت سواء كان الطلاق بائنا او رجعيا وقال ابو يوسف
سكوتها كاقرارها بالحمل او دعوى الحمل انها ان كان الطلاق بائنا
يثبت النسب الى سنتين وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين
شهرا وجه قوله ان المراهقة يحتمل ان تكون عدتها بوضع الحمل

لاحتماله

٢٢١

لاحتماله انما حيلت ولم تعلم بذلك فما لم تقر بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضا
كالمتوفى عنها زوجها وكذا ان عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهي ثلاثة
اشهر على اعتبار الاصل اذ الاصل فيها عدم البلوغ فكان انقضاؤها با
نقضاء ثلاثة اشهر فصار مضي ثلاثة اشهر على اعتبار الاصل اذ الاصل
فيها عدم البلوغ فكان انقضاؤها بانقضاء ثلاثة اشهر فصار مضي
ثلاثة اشهر كاقرارها بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضا كالمتوفى عنها
زوجها ولهما ان عدتها الصغيرة ذات جهة واحدة وهي ثلاثة اشهر
على اعتبار الاصل اذ الاصل فيها عدم البلوغ فكان انقضاؤها با
نقضاء ثلاثة اشهر فصار مضي ثلاثة اشهر كاقرارها بانقضاء عدتها
بمضي الشهور لان عدتها ذات جهتين يحتمل ان تكون بوضع الحبل
فما لم تقر بانقضاء لا يحكم باحد الامرين هذا الذي ذكرنا حكم المعتدة
من طلاق وكل جواب عرفته في المعتدة من طلاق فهو الجواب في المعتدة
من غير طلاق من اسباب الفرقة واما المتوفى عنها زوجها وهي مدخول
بها ان كانت من ذوات الاقراء فجاءت بولد فان جاءت به ما بينها وبين
سنتين ولم تكن اقرت بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها من الزوج
عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا لم تدع الحمل في مدة العدة ثم جاءت به
لعشرة اشهر وعشرة ايام لا يثبت النسب وجه قوله ان عدة المتوفى عنها
زوجها تعتبر بالاشهر عند عدم الحمل فاذا مضى اربعة اشهر وعشر
يحكم بانقضاء عدتها فصار كما اذا اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بعد ذلك
وهذا لان ما جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب
وان جاءت به لستة فصاعدا لا يثبت كذا هنا ولهذا كان الحكم في الصغيرة
ما وصفنا كذا في الكبيرة ولنا ما ذكرنا ان عدة المتوفى عنها زوجها ذات
جهتين لجواز ان تكون حاملا ولا تعلم ذلك فلا تنقضي عدتها بالاشهر
فما لم تقر بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضاء كالعدة من الطلاق وان
جاءت به لاكثر من سنتين لا يثبت لما مر في عدة الطلاق بخلاف الصغيرة

فان عدتها ذات جهة واحدة لان الاصل فيها عدم الحبل لان الحبل لا يحتمله
وانما يصير محلا بالبلوغ وفيه شك فيبقى حكم الاصل فاما عدة الكبيرة
فذات جهتين لما قررنا من الاحتمال والتردد فلا تحلم بالاقراء
لاشهر مع الاحتمال وان اقرت بانقضاء عدتها ثم اتت بولد فان اتت به لاقل
من ستة اشهر مذ اقرت يثبت النسب وان جاءت به لتمام ستة اشهر فهو
على الاختلاف الذي ذكرنا في عدة الطلاق انه لا يثبت النسب عندنا وعند
الشافعي يثبت مالم تتزوج هذا الذي ذكرنا كله في عدة الطلاق
وغيره من الفرق وعدة الوفاة اذا جاءت المعتدة بولد قبل ان تتزوج
بزوج آخر فاما ان تزوجت بزوج آخر ثم جاءت بولد فالامر لا يخلو
من اربعة اوجه اما ان جاءت به لاقل من ستتين منذ طلقها الاول
اومات او قبل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني واما ان جاءت
به لاقل من ستتين منذ طلقها الاول اومات ولستة اشهر فصاعدا
منذ تزوجها الثاني فان جاءت به لاقل من ستتين منذ طلقها الاول
اومات ولاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني فالولد للاول لانه
لا يحتمل ان يكون من الثاني اذ المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر ويحتمل
ان يكون من الاول لان الولد يبقى في بطن امه الى سنتين وفي الحمل
عليه حمل امرها على الصلاح والله واجب ما امكن وان جاءت به لاكثر من
ستتين منذ طلقها الاول اومات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها
الثاني فهو للثاني لانه لا يحتمل ان يكون من الاول اذ الولد لا يبقى
في البطن اكثر من سنتين. ويحتمل ان يكون من الثاني لوجود مدة
صالحة للحمل وفيه صيانة انسابهم عن الحرام فيكون للثاني وان جاءت به لاقل
من ستتين منذ طلقها الاول اومات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها
الثاني فهو للثاني والنكاح جائز لان اقدامها على التزوج دليل انقضاء
عدتها من الاول اذ الظاهر من حال المسلمة العاقلة انها لا تتزوج وهي
معتدة الغير فصح نكاح الثاني فكان مولودا على فراش صحيح فيثبت

نسبه

نسبه منه وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول اومات ولاقل
من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني لم يكن للاول ولا للثاني لان الولد
لا يبقى في البطن اكثر من سنتين والمراة لا تلد لاقل من ستة اشهر وهل
يجوز نكاح الثاني في قول ابي حنيفة ومحمد جائز وعند ابي يوسف
فاسد لانه اذا لم يثبت النسب من الاول ولا من الثاني كان هذا الحمل
من الزنا فيكون بمنزلة رجل تزوج امراة وهي حامل من الزنا وذلك
على هذا الخلاف في قول ابي حنيفة ومحمد جائز نكاحها ولكن لا يقربها
حتى تضع وعلى قول ابي يوسف لا يجوز النكاح مالم تضع حملها
هذا اذا لم يعلم وقت المتزوج انها تزوجت في عدتها فان علم ذلك
ووقع النكاح الثاني فاسدا فجاءت بولد فان النسب يثبت من
الاول ان امكن اثباته منه بان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها
الاول اومات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني واما ان جاءت
به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول اومات ولستة اشهر فصاعدا
منذ تزوجها الثاني فان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول
اومات ولاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني فالولد للاول لانه
لا يحتمل ان يكون من الثاني فاسد وهما امكن احالة النسب الى الفراش الصحيح كان
اولى. وان لم يمكن اثباته منه وامكن اثباته من الثاني فالنسب يثبت
من الثاني بان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول اومات
ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني لان النكاح الثاني وان
كان فاسدا لكن لما تعذر اثبات النسب من النكاح الصحيح فاثباته
اثباته من النكاح الفاسد اولى من الحمل على الزنا والله الموفق واذا
نعى الى المراة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت ثم جاء زوجها
الاول فهي امراته لانها كانت منكوحته ولم تعترض شيء من اسباب
العزلة فبقيت على النكاح السابق ولكن لا يقربها حتى تنقضي
عدتها من الثاني واما الولد فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة هو
للاول وقال ابو يوسف ان كانت ولدته لاقل من ستة اشهر من
حين وطيها الثاني فهو للاول وان كانت ولدته لستة اشهر او لاكثر
فهو للثاني وقال محمد ان كانت ولدته لستتين من حين وطيها الثاني

امكن حمله على الفراش الصحيح لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من
سنتين فيحمل على الفراش الفاسد ضرورة وجه قول ابي يوسف انما
اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من حين وطيها الثاني تيقنا انه ليس
من الثاني لان المرأة لا تلد لاقل من ستة اشهر وامكن حمله على الفراش
فيحمل عليه واما اذا ولدت لستة اشهر او اكثر فالظاهر انه من الثاني
وجه قول ابي حنيفة ان الفراش الصحيح للاول فيكون الولد للاول
لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وبطلان الفراش يعرف
في الصحيح والله الموفق للصواب واما الثاني وهو بيان ما يثبت
به نسب ولد المعتدة اعني يظهر به فجملة الكلام فيه ان المرأة اذا
ادعت انها ولدت هذا الولد لستة اشهر فان صدقها الزوج فقد
ثبت ولادتها بشهادة امرأة واحدة ثقة عند اصحابنا ويثبت
نسبه منه حتى لو نفاه يلاعن وقال الشافعي لا يثبت الا بشهادة
اربع نسوة ثقات وجه قوله ان هذا نوع شهادة فلا بد من
اعتبار العدد فيه كسائر انواع الشهادات فيقام كل اثنتين منهن
مقام رجل فاذا كن اربعا يقمن مقام رجلين فيكمل العدد ولنا ما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة في الولادة
فدل على جواز شهادتها في الولادة من غير اعتبار العدد ولان الاصل
فيما يقبل فيه قول النساء بانفرادهن ان لا يشترط فيه العدد ومنهن
على هذا اصول الشرع كما في رواية الاخبار والاخبار عن طهارة الماء
ونجاسته وعن الوكالة وعزل الوكلاء عن الوكالات والمعاملات
وقد خرج الجواب مما ذكرنا للمخالف ان العدد شرط لان العدد انما
يشترط فيما لا يقبل فيه شهادة النساء بانفرادهن وها هنا تقبل
فلا يشترط العدد منهن ولو نفى الولد يلاعن لانه يثبت نسب
الولد بالنكاح لا بشهادة القابلة وانما الثابت بشهادتها الولادة
فقط لان الولد الذي ولدته يجوز انها ولدت ميتا او حيا ثم

مات

مات فاذا ادعى الولد فقد صار قاذفا لامه بالزنا وقذف الزوجة
يوجب اللعان وكذلك اذا قال لامه ان كان في بطنك ولد فهو مني
فشهدت امرأة على الولادة تثبت الولادة وتصير الجارية ام ولد له
لان النسب يثبت بفراش النكاح عند الدعوة وقوله ان كان في بطنك
ولد فهو مني دعوى النسب والحاجة بعد ذلك الى الولادة وتعيين
الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة واذا ثبت النسب صارت الجارية
ام ولد له ضرورة لان امومية الولد من ضرورات ثبوت النسب ولو
قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت وانكر الزوج الولادة
فشهدت قابلة بالولادة يثبت النسب بالاجماع وان لم يكن الزوج
اقر بالحمل ولا كان الحمل ظاهرا وهل يقع الطلاق قال ابو حنيفة
لا يقع ما لم يشهد على الولادة رجلان او رجل وامرأتان وقال ابو
يوسف ومحمد يقع بشهادة القابلة اذا كانت عدل وجه قولهما
ان الولادة قد تثبت بشهادة القابلة بالاجماع ولهذا تثبت
النسب ومن ضرورة ثبوت الولادة وقوع الطلاق لانه معلق بهما
ولابي حنيفة ان شهادة القابلة حجة ضرورية لانها شهادة فرد
ثم هو انثى فيظهر فيما فيه ضرورة وفيما هو من ضرورات تلك الضرورة
والضرورة في الولادة فيظهر فيها فتثبت الولادة ووقوع الطلاق
ليس من ضرورات الولادة لتصور الولادة بدون الطلاق في
الجملة فلا ضرورة الى اثبات الولادة في وقوع الطلاق فلا تثبت
في حقه والنسب ما تثبت بالشهادة وانما ثبت بالفراش لقيام
النكاح وانما الثابت بالشهادة الولادة فتعين الولد ووقوع الطلاق
ليس من ضرورات الولادة ولا من ضرورات ثبوت النسب ايضا
فلم يكن من ضرورة الولادة وثبوت النسب وقوع الطلاق وان كان
الزوج قد اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا يقع الطلاق بمجرد قولهما
وان لم تشهد القابلة وعندهما لا يقع الا بشهادة القابلة ولا خلاف

في ان النسب لا يثبت بدون شهادة القابلة وجه قولهما ان المراة
تدعي وقوع الطلاق والاصل ان لا يعطى احد شيئا بمجرد الدعوى
لان الدعوى المدعي عارضها انكار المنكر وقد قال صلى الله عليه
وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لحديث الا انهما لا يوقف عليه
من جهة غيره فيجعل القول فيه قوله للضرورة كما في الحيض و
الولادة امر يمكن الوقوف عليه من جهة غيرها فلا يقبل قولهما
فيه ولهذا لم يثبت النسب بقولهما بدون شهادة القابلة كذا
وقوع الطلاق لا عند تدعي وهو ينكر والقول قول المنكر حتى
يقيم المدعي حجته وجه قول ابي حنيفة الله قد يثبت للحبل وهو
كون الولد في البطن باقرار الزوج بالحبل او بكون الحبل ظاهرا
والله يقضي الى الولادة لا محالة لان الحمل يوضع لا محالة فكانت
الولادة امرا كائنا فيقبل فيه قولها كما في دم الحيض حتى لو قال
لامراته اذا حضت ثم انت طالق فقالت حضت يقع الطلاق
كذا هنا الا انه لم يقبل قولها في حق ثبات النسب بدون
شهادة القابلة لانها متهمة في تعيين الولد فلا تصدق على التعيين
في حق ثبات النسب ولا تهمة في التعيين في حق وقوع الطلاق
فتصدق فيه من غير شهادة القابلة ونظيره ما اذا قال لامراته اذا
حضت فانت طالق وامراتي الاخرى فلانة مكذ فقالت حضت
وكذبها الزوج تطلق هي ولا تطلق ضرتها وثبت حيضها في
حقها ولا يثبت في حق ضرتها الا بتصديق الزوج لكونها متهمة
في حق ضرتها وانتفاء التهمة في حق نفسها كذا هنا والله اعلم
وان كانت معتدة من طلاق بائن او من وفاة لجات بولد الى سنتين
فاكثر الزوج الولادة او ورثته بعد وفاته وادعت هي فان لم
يكن الزوج اقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا لا يثبت النسب الا
بشهادة رجلين او رجل وامراتين على الولادة في قول ابي حنيفة

وعندهما

وعندهما يثبت بشهادة القابلة وجه قولهما ان النكاح بعد الطلاق
البائن والوفاة باق في حق الفراش فلا حاجة الى ما يثبت به النسب
كما في حال قيام النكاح وانما الحاجة الى الولادة وتعيين الولد وذلك
يثبت بشهادة القابلة كما في حال قيام النكاح وانما الحاجة الى الولادة
وتعيين الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة كما في حال قيام النكاح
ولابي حنيفة ان الفراش لا يبقى بعد الولادة لانقطاع النكاح بجميع
جميع علائقه بانقطاع العدة بالولادة وتصير اجنبيه فكان القضاء
بالولادة بشهادة القابلة قضاء بثبوت النسب لولد الاجنبية =
بشهادة النساء ولا يجوز ذلك ولا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل
وامراتين وان كان الزوج قد اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا فالقول
قولهما في الولادة وان لم تشهد لها قابلة في قول ابي حنيفة وعند هما
لا تثبت الولادة الا بشهادة القابلة والكلام في الطرفين على النحو
الذي ذكرناه وان كانت معتدة من طلاق رجعي فكذلك ذكر في كتاب
الدعوى وسوى بين الرجعي والبائن لانها بعد انقضاء العدة اجنبية
في الاصلين الفصلين جميعا فلا تصدق على الولادة الا بشهادة
رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة اذا لم يكن الزوج اقر
بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا وان كان اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا
فهو على الاختلاف الذي ذكرناه ولو مات الزوج وانت امراته بولد لاكثر
وفاته ما بينهما وبين سنتين ولم يشهد على الولادة احد لا القابلة
ولا غيرها ولكن صدقها الوارث في انها ولدته ذكر في الجامع الصغير
انه يثبت نسبه بقولهم وذكر في كتاب الدعوى ان نسب الولد يثبت
اذا كان ورثته اربعة اولاد بنتين واختلاف العبارتين الى ان ثبوت
نسبه بتصديقهم من طريق الشهادة او من طريق الاقرار فما ذكر في
كتاب الدعوى يدل على انه من طريق الشهادة حيث شرط ان تكون
الورثة ابنين او ابنا وبنتين ما ذكر في الجامع يدل على انه من طريق الاقرار

الاقرار لانه قال فصدقهما الورثة والشهادة لا تسمى تصديقا في العرف
وكذا الحاجة الى الشهادة عند المنازعة ولا منازع ها هنا ومن هذا نشا
الاختلاف من مشايخنا فاعتبر بعضهم التصديق منه شهادة وبعضهم
اقرارا فمن اعتبره شهادة قال لا يثبت نسبه الا اذا كانت الورثة رجلين
او رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة ومجلس الحكم واذا صدقهما
البعض وجحد البعض فان صدقهما رجلان منهم او رجل وامرأتان يثبتا
الولد المقرين منهم والمنكرين جميعا في الميراث لان الشهادة حجة
مطلقة فكانت حجة على الكل فيظهر نسبه في حق ومن اعتبره اقرارا
قال يثبت نسبه اذا صدقهما جميع الورثة سواء كانوا ذكورا او اناثا
ولا يراعي لفظ الشهادة ومجلس الحكم واذا صدقهما بعض الورثة وجحد
الباقون يثبت نسبه في حقهم ويشاركهم في نصيبهم من الميراث ولا
يثبت في حق غيرهم لان اقرارهم حجة في حقهم لا في حق غيرهم
ومن هذا ايضا نشا الخلاف فيما اذا كان الوارث واحدا فصدقهما
في الولادة فقال الكرخي ان نسبه يثبت باقراره في قولهم وذكر الطحاوي
فيه الاختلاف فقال لا يثبت نسبه في قول ابي حنيفة ومحمد وفي
قول ابي يوسف يثبت كانهما اعتبرا قوله شهادة وشهادة الفرد
لا تقبل واعتبره ابو يوسف اقرارا واقرار الفرد مقبول هذا اذا صدقهما
الورثة او بعضهم فاما اذا لم يصدقهما احد منهم فهو على الاختلاف و
التفصيل ان الزوج ان لم يكن مقرا بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا لا يثبت
نسبه الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين على الولادة عند ابي حنيفة
وعندهما يثبت بشهادة القابلة وان كان الزوج اقر بالحبل او كان الحبل
ظاهرا تثبت الولادة بمجرد قولها ولدت عند ابي حنيفة وعندهما
لا يثبت من غير شهادة القابلة بلة وقدم الكلام في ذلك كله فيما
تقدم والله الموفق رجل قال لغلام هذا ابني فجاءت ام الغلام
فقالت انا امرأته لا شك ان الغلام ابنه لانه ثبت نسبه منه باقراره

وهل

وهل تثبت هذه المرأة استحسانا لانه والقياس ان لا يكون لها الميراث
وجه القياس انه يحتمل ان تكون ام الغلام حرة ويحتمل ان تكون امة
ولو كانت حرة فيحتمل ان تكون هذه ويحتمل ان تكون غيرها ولو كانت
هذه المرأة فيحتمل ان يكون وطيها بنكاح صحيح ويحتمل بنكاح فاسد
وبشبهة النكاح فيقع الشك في الارث فلا تثبت بالشك وجه الاستحسان
ان سبب استحقاق الارث في حقها يثبت باقرارها بنسب الولد وهو
النكاح الصحيح لان المسئلة مفروضة في امرأة معروفة بالحرية وبومومة
هذا الولد فاذا اقرت بنسب الولد انه منه والنسب لا يثبت الا بالفراش
والاصل في الفراش هو النكاح الصحيح فكان دعوى نسب الولد اقرارا
منه انه من النكاح الصحيح فاذا صدقته يثبت النكاح ظاهرا فتثبت
لان العمل بالظاهر واجب واما اذا لم يكن تكذيب معروفة بذلك وانكرت
الورثة كونها زوجة له وامة ما له فلا ميراث لها لان الامر يقع محتملا
فلا تثبت بالشك والاحتمال ومما يتصل بهذا قيام العدة عن طلاق
من الاحكام منها الارث عند الموت وجملة الكلام فيه ان المعتدة لا
تخلو اما ان كانت من طلاق رجعي واما ان كانت من طلاق بائن
او ثلاث والحال لا يخلو اما ان كانت حال الصحة واما ان كانت حال
المرض فان كانت العدة من طلاق الرجعي فمات احد الزوجين
قبل انقضاء العدة ورثه الآخر بلا خلاف سواء كان الطلاق في
حال الصحة او في حال المرض لان الطلاق الرجعي لا يزيل
النكاح فكانت الزوجة بعد الطلاق قبل انقضاء العدة
قائمة من كل وجه والنكاح القائم من كل وجه سبب
لاستحقاق الارث من الجانبين كما لو مات احدهما قبل
الطلاق وسواء كان الطلاق برضاها او بغير رضاها لان
ما رضيت به ليس بسبب لبطلان النكاح حتى يكون رضا
ببطلان حقها في الميراث وسواء كانت المرأة حرة مسلمة وقت

الطلاق او مملوكة او كتابية ثم اعتقت او اسلمت في العدة لان النكاح بعد
الطلاقة قايم من كل وجه ما دامت العدة قايمة وانه سبب لاستحقاق الارث
وان كانت من طلاق بائن او ثلاث فان كان ذلك في حال الصحة فما احدهما
لم يرثه صاحبه سواء كان الطلاق برضاها او بغير رضاها وان كان
في حال المرض فان كان برضاها لا ترث بالاجماع وان كان بغير رضاها
فانما ترث من زوجها عندنا وعند الشافعي لا ترث ومعرفة هذه
المسئلة مبنية على معرفة سبب استحقاق الارث وشرط الاستحقاق
ووقته اما السبب فنقول لا خلاف في ان سبب استحقاق الارث في حقها
النكاح فان الله تعالى اراد الارث فيما بين الزوجين على الزوجية بقوله
ولكم نصف ما ترك ازواجكم الى اخر ما ذكر من ميراث الزوجين ولان
اسباب الارث في الشرع ثلاثة لا رابع لها القرابة والولاء الزوجية
واختلف في الوقت الذي يصير النكاح سببا لاستحقاق الارث
فعند الشافعي هو وقت الموت فان كان النكاح قايما عند الموت
يثبت الارث والا فلا واختلف مشايخنا قال بعضهم هو وقت مرض
الموت والنكاح كان قايما من كل وجه في اول مرض الموت ولا
يحتاج الى القايد من وجه الى وقت الموت ليصير سببا وتفسير
الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من اول
المرض عند وجود شرايطه بطريق الظهور وقال بعضهم ليتبرقيا م
النكاح من وجه الى وقت الموت فيصير سببا وتفسير الاستحقاق
عندهم هو ثبوت الملك من وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور
ومن وجه وقت الموت مقصورا عليه وهو طريق الاستاد وهما طريقا
مشايخنا المتقدمين وقال بعضهم وهو طريق المتاخرين منهم ان
النكاح القايم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الارث وهو
ثبوت حق الارث من غير ثبوت الملك للوارث للحال اصلا لا من كل
وجه ولا من وجه وجه قول الشافعي ان الارث لا يثبت الا عند الموت

لان

الطلاق في المرض

لان المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته فلا بد من
وجود السبب عند الموت ولا يثبت ها هنا الا النكاح وقد زال بما
لا بانة والثلاث ولا يثبت الارث ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة
ولا يرث الزوج منها بالاجماع ولو كان النكاح قايما في حق الارث
لورث لان الزوجية لا تفوت باحد الطريقين فدل انها زايلة
ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم والمعقول اما الاجماع فانه
روي عن ابن سيرين رحمه الله انه قال كانوا يقولون ولا يختلفون
من قدم من كتاب الله تعالى رد البداي من طلق امراته في مرضه ثلاثا
فانها ترثه ما دامت في العدة وهذا منه حكاية عن اجماع الصحابة
ومثله لا يكذب وهكذا روي لتوريث امراة الفار عن جماعة من الصحابة
من غير نكير مثل عمر وعثمان وعلي وعايشة وابي ابن كعب فانه روي
عن ابراهيم النخعي انه جاء عروة البارقي الى شريح بخمس خصال
من عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه منهن ان الرجل اذا طلق امراته
وهو مريض ثلاثا ورثت منه ما دامت في عدتها وروي عن الشعبي
انه قال ان ام البنين بنت عيينة بن حصين كان تحت عثمان
رضي الله عنه فلما حضر طلقها وقد كان ارسل اليها ليراجعها
فلما قتل اتت عليا رضي الله عنه فذكرت له ذلك فقال علي رضي
الله عنه ترثك او اشرف على الموت طلقها وورثها وروي ان عبد
الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر الكلبية في مرضه اخر تطليقاتها
الثلاث وكانت تحته ام كلثوم بنت عقبة اخت عثمان رضي
الله عنه فورثها عثمان رضي الله عنه وروي انه قال لها انهمتك
ولكني اريد ان يكون سنة وروي هشام عن عروة عن ابيه
عن عايشة رضي الله عنها انها قالت ان المطلقة ثلاثا وهو
مريض ترثه ما دامت في العدة وعن علي بن كعب انه قال ترث
ما لم تتزوج فان قيل ان بن الزبير خالفه فانه روي انه قال

في قصة تماضر ورثها عثمان بن عفان رضي الله عنه وروي انه قال
لو كنت انا الماورثتها فكيف ينعقد الاجماع مع مخالفته فالجواب
ان الخلاف لا يثبت بقوله هذا لانه محتمل يحتمل ان يكون معنى قوله
لو كنت انا الماورثتها اي عندي انما الارث وبحتمل ان يكون معناه
اي يظهر له من الاجتهاد الصواب ما لو كنت انا لكان لا يظهر لي
فكان تصويبا له في اجتهاده وان الحق في اجتهاده فلا يثبت الخلاف
مع الاحتمال بل نحمله على الوجه الذي فيه تحقيق للموافقة اولي و
يحتمل انها كانت سألت الطلاق فراي عثمان رضي الله عنه توريثها
مع سوالها الطلاق فيرجع قوله لو كنت انا الماورثتها الي سوالها الطلاق
فلما ورثها عثمان رضي الله عنه مع مسيلتها الطلاق فقد عدم
السوال اولي على انه روي ان ابن الزبير رضي الله عنه انما قال ذلك
في ولايته وقد كان انعقد الاجماع منهم على التوريث فخلافه بعد وقوع
الاتفاق منهم لا يقدح في الاجماع لان الاعراض الحصر ليس بشرط
لصحة الاجماع على ما عرف في اصول الفقه واما المعقول فهو ان سبب
استحقاق الارث وجد مع شرايط الاستحقاق فيستحق كما اذا اطلقها
طلاقا رجعيا ولا كلام في سبب الاستحقاق وشرايط وانما الكلام في
وقت الاستحقاق فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت اما على
التفسير الاول والثاني وهو ثبوت الملك من كل وجه او من وجه
فالدليل عليه النص واجماع الصحابة ودلالة الاجماع والمعقول
اما النص فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله
تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم
اي تصدق باستيفاء ملككم عليكم في ثلث اموالكم زيادة على اعمالكم
اخبر عن سنة الله تعالى على عباده انه استبقى لهم الملك في ثلث اموالهم
ليكون وسيلة الي الزيادة في اعمالكم بالصرف الي وجوه الخير لان
من هذا الكلام يخرج مخرج الاخبار عن المنة واخر اعماركم مرض الموت

فيدل

فيدل على زوال ملكه عن الثلثين اذ لو لم يزل لم لكن لمن عليهم بما
لتصدق بالثلث بل بالثلثين اذ الحكيم في مواضع بيان المنة لا يترك
على النقصان ويذكر اد فاها واذا زال ملكه عن الثلثين يزول الي ورثته
لانهم اقرب الناس اليه فيرضى بالزوال اليهم لرجوع معنى الملك
اليه بالدعا والصدقة والنوائح الخير بخلاف الاجانب واما اجماع الصحابة
رضي الله عنهم فما روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال
في مرض موته لعايشة اني كنت كلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالغابة
فلو انك كنت جززتيه ولا فتضيته وانما هو اليوم من مال الوارث
ولم تدع عايشة رضي الله عنها ولا انكر عليه احد وكان ذلك بحضرة
من الصحابة فيكون اجماعا منهم على ان مال المريض في مرض موته
يصير ملك الوارثة من كل وجه او من وجه واما دلالة الاجماع فهي انه
لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث لحق الاجانب وفي حق الورثة لا ينفذ
بشيء اصلا وراسا حتى كان للورثة ان ياخذوا الموهوب من يد الموهوب
له من غير رضاه اذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الاخذ من غير
رضاه فدل عدم النفاذ على زوال الملك واذا زال نزول الي الورثة لما بينا
واما المعقول فهو ان المال الفاضل على حاجة الميت يصرف الي الورثة
بلا خلاف والكلام فيما اذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ عن
حوايج الميت يصرف الي الورثة بلا خلاف والكلام فيما اذا فضل ووقع
من وقت المرض الفراغ عن حوايج الميت فهذه الدلايل تدل على
ثبوت الملك من وجه لا محالة واما على التفسير الثالث وهو ثبوت حق
الارث من غير ثبوت الملك راسا فيدل الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع
فهي ان نقص تبرعه بعد الموت ولو تعلق حق الورثة بماله
في مرض موته كان التبرع تصرفا من الاهل في محل مملوك له لا حق
للغير فيه فينبغي ان لا ينقص فدل حق النقص على تعلق الحق واما
المعقول فهو ان النكاح حال مرض الموت صار وسيلة الي الارث بعد

الموت ووسيلة لحق الانسان حقه لانه يتنفع به والطلاق البائن
والثلاث ابطال لهذه الوسيلة فيكون ابطالا لحقها وذلك اضرار
بها فيرد عليه ويلحق بالقديم في حق ابطال الارث في الحال عملا
بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فلم يعمل
الطلاق في الحال في ابطال سببية النكاح لاستحقاق الارث
وكونه وسيلة اليه دفعا للضرر عنها وتاخر عمله فيه الى ما
بعد انقضاء العدة وكذلك اذا ابانها بغير طلاق بخيار
البلوغ بان اختارت نفسها وتقبيل امها او ابنتها وردته
ان كان ذلك في الصحة لا ترث منه ولا منها بالاجماع كما
لو ابانها بالطلاق لانعدام سبب الاستحقاق في
وقت الاستحقاق وهو مرض الموت الا في الردة بان
ارتد الزوج في حال صحته فمات على الردة او قتل
او لحق بدار الحرب وبقي في العدة فانها ترث منه
لان الردة من الزوج في معنى مرض موته لما نذكر وان
كانت هذه الاسباب منه في حالة المرض فهو على الاختلاف
الذي ذكرنا في الطلاق انها ترث منه عندنا خلافا
للشافعي ولا يرث هو منها بالاجماع ولو جامعها
ابنه مكرهة او مطاوعة لا ترث اما اذا كانت مطاوعة
فلانها رضيت بابطال حقها وان كانت مكرهة فلم يوجد
من الزوج ابطال حقها المتعلق بالارث لوقوع الفرقة
وان كانت البينونة من قبل المراة كما اذا قبلت ابن
زوجها او اباه بشهوة طابعة او مكرهة او اختارت نفسها
في خيار الادراك او العتاق او عدم الكفاءة فان كان ذلك
في حال الصحة فانهما لا يتوارثان بالاجماع كما اذا كانت البينونة
من قبل الزوج وكذا اذا ارتدت بخلاف ردة الزوج في حال صحته

صحته ووجه الفرق ان ردة الزوج في معنى مرض موته لما نقضي
الى الموت الا ان احتمال الصحة باحتمال الاسلام قايم فاذا افتل على
الردة او مات عليها فقد زال الاحتمال ولذا الحق بدار الحرب لان
الظاهر انه لا يعود فيتقرر المرض فتبين ان سبب الاستحقاق كان
ثابتا وقت الاستحقاق وهو مرض وان سبب الفرقة وجد منه
في مرض الموت فيرث منه كما لو كان مريضا حقيقة فاما ردتها
فليست في معنى مرض موتها لما قال ينبغي ان يرث الزوج منها
وان كانت هي لا ترث منه لانها لا تفضي الى الموت لانها لا تقتل عندنا
فلم يكن النكاح القايم حال ردتها سبب لاستحقاق الارث في حقه
لانعدام وقت الاستحقاق وهو مرض الموت لذلك افترقا والله اعلم
وان كانت في حال المرض فان كان في حال مرض الزوج لا يرث منه
وان كانت في العدة لعدم شرط الارث وهو عدم رضاها بسبب
الفرقة ولحصول الفرقة بفعل غير الزوج ويرث الزوج منهما
ان كان سبب الفرقة منهما في مرضهما وماتت قبل انقضاء عدتها
لوجود سبب الاستحقاق في حقه وهو النكاح في وقت الاستحقاق
وهو مرض موتها ولوجود ابطال سبب حقه منهما في حال المرض
والقياس فيما اذا ارتدت في مرضها ثم ماتت في العدة ان لا يرثها وجها
واما ورثها استحسانا وجه القياس ان الفرقة لم تقع بفعلهما لان فعلها
الردة والفرقة لا تقع بها وانما تقع باختلاف الدينين ولا صنع لهما في ذلك فلم
يوجد منهما في مرضها ابطال حق الزوج ليرد عليهما فلا يرث منهما وجه
الاستحسان ما ذكرنا ولسائر ان الفرقة لم تقع بفعلهما فان الردة من
اسباب الفرقة وقد حصلت منها في حال تعلق حقه بالارث وهو مرض
موتها فيرث منهما والله الموفق واما شرائط الاستحقاق فنوعان نوع
يعم اسباب الارث كلها ونوع يخص النكاح اما الذي يعم اسباب الارث
كلها فمنها شرط الاهلية وهي ان لا يكون الوارث مملوكا ولا مرتدا ولا قاتلا

فلا يرث المملوك والمرتد من احد ولا يرث القاتل من المقتول ودلايل
هذه الجملة تذكر في كتاب الفرايض ان شاء الله تعالى ويعتبر وجود الاهلية
ها هنا وقت الطلاق وهما اليه وقت الموت حتى لو كانت مملوكة او
كتابية وقت الطلاق لا ترث وان اعتقت او اسلمت في العدة لان السبب
لا يتقرر موجبا للحكم بدون شرطه فاذا لم يكن وقت صيرورة النكاح
سببا لاستحقاق وهو مرض الموت من اهل الميراث لم ينعقد سببا
فلا يتقرر حدوث الاهلية بعد ذلك ولو كانت مسلمة وقت الطلاق
ثم ارتدت في عدتها ثم اسلمت فلا ميراث لها وان كان من اهل
الميراث وقت الطلاق اما على طريق الاستدلال لان الحكم متى وجد
يثبت عند الموت ولا بد من قيام السبب من وجد عنده ليثبت ثم
يستند وقد بطل السبب بالردة راسا فتعين الاستدلال وكذا من يقول
بثبوت الحق في المرض دون الملك يعتبر قيام النكاح في حق الارث
عند الموت ولم يبق لبطلانه بالردة واما على طريق الظهور المحض
فيشكل تخريج هذه المسئلة لانه تبين ان الملك من كل وجه كان ثابتا
للوارث وقت المرض والنكاح كان قايما من كل وجه في ذلك الوقت
والاهلية كانت موجودة وبقا السبب ليس بشرط لبقا الحكم وكذا
الاهلية شرط الثبوت لا شرط البقا وهذا بخلاف ما اذا طلقها في مرضه
ثم قبلت بن زوجها او اباه بشهوة في عدتها انها ترث لانها بالتقبيل
لم تخرج عن اهلية الارث اذ ليس تحت التقبيل الا التحريم ولا تبطل
اهلية الارث بخلاف الردة فانها مبطلة للاهلية ومنها شرط الحلية
وهي ان يكون المتروك مالا فاضلا فارغا عن حوايج الميت حاجة اصله
فلا يثبت الارث في المال المشغول بحاجته الاصلية ومنها اختلاف
الدين ومنها اختلاف الدار لما ذكر في كتاب الفرايض ان شاء الله تعالى
واما الذي يخص النكاح فشرطان احدهما قيام العدة حتى لو مات
الزوج بعد انقضاء العدة لا ترث وهذا قول عامة العلما وقال ابن

ابي

ابي ليلى هذا ليس بشرط ويرث بعد انقضاء عدتها ما لم تتزوج والصحيح
قول العامة لان جريان الارث بعد الابانة والثلاث يثبت خلاف القياس
باجماع الصحابة وهم شرطوا قيام العدة على ما رويا عنهم فكان
شرطا بالاجماع غير معقول فيتبع معقدا الاجماع ولان العدة اذا كانت
قايمة كان بعض احكام النكاح قايما من وجوب النفقة والسكنى و
المقام وغير ذلك فامكن ايفاوه في حق حكم الارث فالتوريث يكون
موافقا للاصول وقالوا فيمن طلقت زوجته في مرضه ودام المرض اكثر
من سنتين فماتت ثم جاءت بولد بعد موته بشهر انه لا ميراث لها في قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لها الميراث بنا على ان اقتضا
العدة بالاقرا او بوضع الحمل عندهما بالاقرا وعنده بوضع الحمل
وجه قول ابي يوسف ان الحمل حادث لان الولد لا يبقى في البطن
اكثر من سنتين فيحمل على انها وطيت بشبهة فالحكم بانقضا
عدتها الا بوضع الحمل فلم تكن منقضية العدة عند موت الزوج
فترث وهما يقولان لا شك ان الولد حصل بوطي حادث بعد الطلاق
فلا يخلو اما ان يحمل على ان الزوج وطيها او غيره لا سبيل الى الاول
لانه وطيء اياها حرام والظاهر من حاله ان لا يرتكب الحرام ولا
وجه للثاني لان غير الزوج اما ان وطيها بنكاح او بشبهة والوطيء
بشبهة حرام ايضا فتعين حمل امرها على النكاح الصحيح وهو
ان عدتها انقضت قبل التزوج لستة اشهر ثم تزوجت فكانت عدتها
منقضية قبل موت الزوج فلا ترث ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد
انها ترد نفقة ستة اشهر وقال ابو يوسف لا ترد والله اعلم والثاني
عدم الرضا منهما بسبب الفرقة وشرطها فان رضيت بذلك لا ترث
لانها رضيت ببطلان حقها والتوريث يثبت حقا لها لصيانة حقها
فاذا رضيت باسقاط حقها لم تبق مستحقة للنظر وعلى هذا يخرج ما اذا
قال لها في مرضه امرك بيدك او اختاري فاختارت نفسها او قال لها

طلقي نفسك ثلاثا فعلمت او قالت لزوجها طلقني ثلاثا ففعل
او اختلعت من زوجها ثم مات الزوج وهي في العدة انما لا ترث
لانها رضيت بسبب البطلان او بشرطه اما اذا اختارت نفسها
فلا شك فيه لانها باشرت سبب البطلان بنفسها وكذا اذا امرها
بالطلاق فطلقت وكذا اذا سالته الطلاق فطلقها لانها رضيت
بمباشرة السبب من الزوج وهي الخلع باشرت الشرط بنفسها وكل
ذلك دليل الرضا ولو قالت لزوجها طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا
ورثت لان ما رضيت به وهو الطلاق الرجعي ليس بسبب لبطلان
الارث وما هو سبب البطلان وهو ما اتى به الزوج ما رضيت به
فترث وعلى هذا يخرج ما اذا علق طلاق امراته في مرضه او صحته
بشرط وكان الشرط في المرض وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان
كان التعليق و وجود الشرط جميعا في المرض واما ان كان احدهما
في الصحة والاخر في المرض ولا يخلو اما ان علق بفعل نفسه او بفعلها
او بفعل اجنبي لو بامرهما وهي فان كان التعليق ووجود الشرط
جميعا في الصحة لا شك انها لا ترث اي شيء كان المعلق به لانعدام
سبب استحقاق الارث في وقت الاستحقاق وهو وقت موض الموت
وان كانا جميعا في المرض فانها ترث اي شيء كان المعلق به لوجود
سبب الاستحقاق في وقته و انعدام الرضا منها بالشرط لانها فعلت
عن اختيار ولو اجل العينين وهو مريض فخيرت المراة فاختارت نفسها
فلا ميراث لها لان الفرقة وقعت باختيارها لانها تقدر ان تصبر
عليه فاذا لم تصبر واختارت نفسها فقد باشرت بطلان حقها با
اختيارها ورضاها فلا ترث ولو الاسها وهو مريض وبانت بالايلا
وهو مريض ورثت ما دامت في العدة لوجود سبب الاستحقاق
في وقته وشرايطه ولو كان صحيحا وقت الايلا وانقضت مدة الايلا
وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق في وقته لانه باشر الطلاق

في الصحة

في الصحة ولم يصنع في المرض سببا ولو قذف امراته في المرض سببا
ولا عنها في المرض ورثت في قولهم جميعا لان سبب الفرقة وجد
في وقت تعلقت حقها بالارث ولم يوجد منها دليل الرضا ببطلان
حقها لكونها مضطرة في المطالبة باللعان لدفع الشين عن نفسها
والزوج هو الذي اضطرها بقذفه فيضاف فعلها اليه كانه اكرهها
عليه وان كان القذف في الصحة واللعان في المرض ورثت في قول
ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا ترث وجه قوله ان سبب الفرقة
وجد من الزوج في حال لم يتعلق حقها بالارث وهو حال الصحة
والمراة مختارة في اللعان فلا يضاف الى الزوج ولهما ان فعل المراة
يضاف الى الزوج لانها مضطرة في المطالبة باللعان لاضطرارها
الى دفع العار عن نفسها والزوج هو الذي الجاها الى هذا فيضاف
فعلها اليه كانه اوقع الفرقة في المرض والله الموفق وان كان احدهما
في الصحة والاخر في المرض بان كان التعليق في الصحة والشرط في
المرض فان كان التعليق بامر سماوي بان قال لها اذا حاضت
شهرا كذا فانت طالق فجاء وهو مريض ثم مات وهي في العدة ولا ترث
في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر ترث وجه قوله ان المعلق بالشرط
كالمنجز عند الشرط فيصير فارا عند الشرط انت طالق ثلاثا وهو مريض
ولنا ان الزوج لم يصنع في موض الموت شيئا لا السبب ولا الشرط ليرد عليه
فعله فلم يصر فارا وقوله للمعلق بالشرط يجعل منجزا عند الشرط ممنوع
بل يقع الطلاق بالكلام السابق من غير ان يقدر بها فيا في وقت وجود
الشرط على ما عرف في مسايل الخلاف وكذا ان كان بفعل اجنبي سواء كان
عند بد كقدوم فلان اولا بد منه كالصلاة المفروضة والصوم المفروض
وكذلك لما قلنا انه لو وجد من الزوج صنع في المرض لا بما شرة
السبب ولا بما شرة الشرط وان كان بفعل نفسه ترث سواء كان فعلا
لا بد منه كما اذا قال ان دخلت انا الدار فانت طالق اولا بد له منه كما لو

قال ان صليت انا الظهر فانت طالق لا ند باشر شرط بطلان حقها فصار
متقديا عليها مضرا بها بمباشرة الشرط فيرد عليه دفعا للضرر عنها
لان العذر لا يعتبر في موضع التقدي والضرر كمن اتلف مال غيره ناسيا
او خاطيا او اصابته مخمصة فاكل طعام غيره حتى يجب عليه الضمان
ولم يجعل معذورا بما باشره الفعل الذي لا بد له منه لما قلنا كذا
هذا وان كان بفعل المراة فان كان فعلا لها منه كدخول الدار وكلام
زيد وخروج لا يبرّ لانها رضيت ببطلان حقها حيث باشرت
شرط البطلان من غير ضرورة وان كان فعلا لا بد لها منه كالاكل
والشرب والصلوة المفروضة والصوم المفروض وكلام الوالدين
والقاضي غيرهما الدين فانما تبرّ في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يبرّ وكذا اذا حلف بدخول دار لا عتالها عن دخولها
مبني على هذا الخلاف كذا روي عن ابي يوسف وجه قوله محمد انه لم يوجد
من الزوج مباشرة بطلان حقها ولا شرط البطلان فلا يصير فارا
كما لو علق بامر سماوي او بفعل اجنبي او بفعلها الذي لها منه
بد وجه قولهما ان للمراة فيما فعلت من الشرط عاملة للزوج من
وجه لان منفعة عملها عايدة اليه لانه منعها عما لو امتنعت عنه فالزوج
بذلك انتفع فاذا لم تمتنع وفعلت لم يلحقه ما تم فكان مناقضا منفعة
فعلها عايدة عليه فجعل ذلك فعلا للزوج فوجب ابطال فعلها صيانة
لحقها ومن الوجه الذي بقي مقصورا عليها للنص بدليل الرضى
لا عنا فعلته مضطرة لدفع العقوبة عنها في الاخرة لا برضاها ولو قال
فيما فوض طلاق امراته الى اجنبي في الصحة فطلقها في المرض
ان التفويض ان كان على وجه لا يملك عزله عنه بان ملك الطلاق
لا يبرّ لانها لم تقدر على فسخه بعد موضه صار الايقاع في المرض
كالايقاع في الصحة وان كان التفويض على وجه يمكن العزل عنه فطلق
في المرض ورثت لانه لما امكنه عزله بعد مرضه فلم يفعل صار كانه

انشا

انشا التوكيل في المرض لان الاصل في كل تصرف غير لازم ان يكون لبقاءه
حكم الابتداء والله الموفق وعلى هذا اذا قال في صحته لامراته ان لم
ان البصرة فانت طالق ثلاثا فلم يا تها حتى مات ورثت لانه علق طلاقها
لعدم اتيانه البصرة فلما بلغ الحال وقع اليأس له عن اتيان البصرة
فقد تحقق العدم وهو مريض في ذلك الوقت فقد باشر شرط بطلان
حقها من الميراث فصار فارا فترثه وان ماتت هي وبقي الزوج ورثها
لانها ماتت وهي زوجته لان الطلاق لم يقع لعدم شرط الوقوع وهو
عدم اتيانه البصرة لجواز ان يا تيها بعد موتها فلم يقع الطلاق فماتت
وهي زوجته فيرثها ولو قال ان لم ترتاني البصرة فانت طالق فلم
تاتها حتى مات الزوج ورثته لانه مات وهو زوج لعدم وقوع الطلاق
لانعدام شرط وقوعه لانها ما دامت حية يرجى منها الاتيان
وان ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لانه لم يوجد منها سبب الفرقة
في مرضها فلم تصر فارة فلا يرثها ولو قال لها ان لم اطلقك فانت
طالق ثلاثا فلم يطلقها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها بشرط
عدم التطليق منه وقد تحقق العدم اذا صار الى حال لا يتاتى منه
التطليق وهو مريض في تلك الحالة فيصير فارا بمباشرة شرط
بطلان حقها فترثه ولو ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لانها لم
تصر فارة لانعدام سبب الفرقة منها في مرضها فلا يرثها وكذلك
اذا قال ان لم اتزوج عليك فانت طالق ثلاثا فلم يفعل حتى مات
ورثته وان ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لما ذكرنا في الحلف بالطلاق
ولو قال لامراتين له في صحته احداكما طالق ثم مرض فبين الطلاق
في احديهما ثم مات ورثته المطلقة لان وقوع الطلاق في احديهما
ثم مات ورثته المطلقة لان وقوع الطلاق المضاف الى المبهم معلق
بشرط البيان هو الصحيح لما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى و
الصحيح اذا علق طلاق امراته بفعله ففعل في موضه فانما ترثه واعلم

الموقف وقالوا فيمن قال في صحته لامتين تحته احديكما طالق
ثنتين فاعتدتا ثم اختار الزوج ان يوقع على احديهما في مرضه
فلا ميراث للمطلقة ولا يملك الزوج الرجعة وهذا الجواب على قول
من يقول ان الطلاق واقع في العين والبيان تعيين من وقع عليه
الطلاق لا شرط وقوع الطلاق ويقال انه قول محمد رحمه الله لان
الايقاع صادف فيها وهي امة وطلاق الامة ثنتان على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم فتثبت الحرمة الغليظة فلا يملك الرجعة واما
على قول من يقول الطلاق غير واقع للحال بل معلق وقوعه بالا
خيار وهو تفسير الايقاع في الذمة ويقال انه قول ابي يوسف
فينبغي ان ترث ويملك الرجعة لان وقوع الطلاق معلق بشرط
اختياره والصحيح اذا علق طلاق امراته بفعله ففعل وهو مريض
ثم مات وهي في العدة ترثه سواء كان فعلا له منه بدا ولا بد له منه
كما اذا قال ان دخلت انا الدار فانت طالق فدخلها وهو مريض
طلقت ويملك الرجعة لان الطلاق وقع عليها وهي حرة فلا تحرم
حرمة غليظة فيملك مراجعتها ولو كانت احديهما حرة فقال في صحته
احديكما طالق ثنتين فاعتقت الامة ثم مرض الزوج فبين الطلاق
في الامة فالطلاق رجعي وللمطلقة الميراث في قول ابي يوسف الاول
وهو قول محمد ثم رجع ابو يوسف وقال اذا اختار ان يوقع على التي
كانت امة فانها لا تحل له الا بعد زوج وذكر هذه المسئلة في الزيادات
وقال في جوابها انها لا تحل له الا بعد زوج ولها الميراث ولم يذكر
خلافا واختلاف الجواب بناء على اختلاف الطريقين فمن جعل الطلاق
واقعا في المجهول وجعل البيان تعيين من وقع عليه الطلاق يقول
لا يملك الرجعة لانه وقع الطلاق عليهما وهي امة فحرمت حرمة
غليظة وكان ينبغي ان لا ترث لان الايقاع والوقوع كل ذلك وجد
في حال الصحة الا انه انما قال بالتوريث لكون الزوج متهما في البيان

لجواز

لجواز انه كان في قلبه الاخرى وقت الطلاق فبين في هذه فكان متهما في
البيان فورثت واما من لا يرى الطلاق واقعا قبل الاختيار يقول يملك
الرجعة لان الطلاقين وقعا وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة فترث
لان الطلاق رجعي وانما كان التعليق في المرض والشرط في الصحة
بان لطلقها ثلاثا او بائنا وهو مريض ثم صح ثم مات لم يرث لانه
لما صح تبين ان ذلك المرض لم يكن مرض الموت فلم يوجد الايقاع
ولا الشرط في المرض فكان هذا والايقاع حالة الصحة سواء ولهذا
كان هذا المرض والصحة سواء في جميع الاحكام واما وقت الاستحقاق
فهو وقت مرض الموت عندنا لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من معرفة
مرض الموت لتتفرق الاحكام المعلقة به فنقول وبالله التوفيق
ذكر الكرخي ان المريض مرض الموت هو المريض الذي اضناه المرض
وصار صاحب فراش فاما اذا كان يذهب ويجيء وهو مع ذلك يحم
فهو بمنزلة الصحيح وذكر الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله
المريض اذا طلق امراته كان فارا هو ان يكون مضنى بالمرض
لا يقوم الا بشدة وهو في حال تتعذر عليه الصلاة جالسا والحاصل ان
مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالبا ويدخل في هذه العبارة
ما ذكره الحسن عن ابي حنيفة وما ذكره الكرخي لانه اذا كان مضنى
لا يقدر على القيام الا بشدة يخشى عليه الموت غالبا ولذا اذا كان صاحب
فراش واذا كان يذهب ويجيء لا يخشى عليه الموت غالبا وان كان يحم
فلا يكون ذلك مرض الموت ولذا صاحب الفالج والسل والقرس ونحوها
اذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح لان ذلك اذا طال لا يخاف منه الموت
غالبا فلم يكن مرض الموت الا اذا تغير حاله من ذلك ومات من ذلك
التغير فيكون حال التغير من مرض الموت لانه اذا تغير يخشى منه الموت
غالبا فيكون مرض الموت وكذا الزمن والمقعد ويابس الشق وعلى هذا
قالوا في المحصور والواقف في صف القتال ومن وجب عليه القتل في حد

او قصاص فجلس ليقتل انه كالصحيح لانه ليس الغالب من هذه الاحوال
الموت بان الانسان يخلص منها غالبا لكثرة اسباب الخلاص ولو
قدم ليقتل او بارز فبرز به وخرج من الصف فهو كالمريض اذ الغالب من
هذه الاحوال الهلاك فيترتب عليه الاحكام المريض اذا مات في ذلك
الوجه ولو كان في السفينة فهو كالصحيح الا اذا هاجت الامواج فيصير
في حكم المريض في تلك الحال لانه يخشى منها الموت غالبا ولو اعيد المخرج
الى القتل الى الحبس او رجع المبارز بعد المبارزة الى الصف
او سكن الموج صار في حكم الصحيح كالمريض اذا برا من مرضه والمرأة
اذا اخذها الطلق ممن في حكم المريض اذا مات من ذلك لان الغالب
منه خوف الهلاك واذا اسلمت من ذلك فهي في حكم الصحيح كما
اذا كانت مريضة ثم صحت ولو طلقها وهو مريض ثم صح وقام من
مرضه فكان يذهب ويجيء ويقوي على الصلاة قائما ثم نكس فعاد الى
حاله التي كان عليها ثم مات لم ترثه في قول اصحابنا الثلاثة وقال
زفر ترثه وجه قوله زفر ان وقت الطلاق وقت تعلق حقها بالارث
ووقت الموت وقت ثبوت الارث والمرض قد احاط بالوقتين جميعا
فانقطاعه فيما بين ذلك لا يعتبر لانه ليس وقت التعليق ولا وقت
الارث ولنا انه لما صح بعد المرض تبين ان ذلك المرض لم يكن مرض الموت
فلم يوجد الطلاق في حال المرض فلا ترث والله الموفق واما الذي
يخص الطلاق المبهم وهو ان يكون لفظ الطلاق مضافا الى مجهول
فجملة الكلام فيه ان الجهالة اما ان كانت اصلية واما ان كانت طارئة اما
الجهالة الاصلية فهي ان يكون لفظ الطلاق من الابتداء مضافا الى المجهول
وجهالة المضاف اليه تكون بمزاحمة غيره اياه في الاسم لا يخلوا اما ان
يكون محتملا للطلاق واما ان لا يكون محتملا له والمحتمل للطلاق لا يخلو
اما ان يكون من يملك الزوج طلاقه اولا يملك طلاقه فان كان ممن يملك
طلاقه صحت الاضافة بالاجماع نحو ان يقول لنسائه الاربع احدكن

طالق

طالق ثلاثا او يقول لاجنبيتين احدكما طالق ثلاثا والكلام فيه يقع في
موضع احدهما في بيان كيفية هذا التصرف اعني قوله لاجنبيتين احدكما
طالق والثاني في بيان الاحكام المتعلقة به اما الاول فقد اختلف
مشايخنا في كيفية هذا التصرف قال بعضهم هو ايقاع الطلاق
في غير العين على معنى انه يقع الطلاق المحالف في واحدة منهما
غير عين واختيار الطلاق في احدهما وبيان الطلاق فيها تعيين
لمن وقع عليها الطلاق ويقال ان هذا قول محمد رحمه الله
وقال بعضهم ان هذا ايقاع الطلاق معلقا بشرط البيان
معنى ومعناه ان قوله احدكما طالق يفقد سببا للحال
لوقوع الطلاق عند البيان الاختياري للحال بمنزلة تعليق الطلاق
بسائر الشروط من دخول وغيره غير ان في هناك الشرط يدخل
على السبب والحكم جميعا وها هنا يدخل الحكم لا على السبب كما
في البيع بشرط الخيار فاذا اختار فرق احدهما فقد وجد شرط
وقوع الطلاق في حقها فيقع الطلاق عليها بالكلام السابق عند
وجود شرط الوقوع وهو الاختيار كانه علقه به نصا فقال ان اخترت
طلاق احديكما فهي طالق ويقال ان هذا قول ابي يوسف
رحمه الله والمسايل متقاربة في الظاهر بعضها يدل على قول
الاول وبعضها يدل على القول الثاني وسنشير الى ذلك ها هنا
ونذكر وجه واحد من القولين وترجيح احدهما على الاخر
وتخريج المسايل عليه في كتاب العتاق ان شاء الله تعالى وقال
بعضهم البيان اظهر من وجه ان شاء من وجه وزعموا ان المسايل
تخرج عليه وانه كلام لا يعقل بل هو محال والبين على المحال محال واما
الاحكام المتعلقة به فنوعان نوع يتعلق به في حال حياة الزوج
ونوع يتعلق بعد موته اما بيان النوع الاول فنقول اذا قال لاجنبيتين
احديكما طالق ثلاثا فلها خيار التعيين يختار ايتهما شاءت للطلاق

لانه اذا ملك الاعيام ملك التعيين ولو خاصمناه واستدعيا عليه
القاضي حتى تبين احدي عليه وكلف البيان ولو امتنع اجبره عليه
بالحبس لان كل واحدة منهما حقا اما استيفا حقوق النكاح منه
واما التوصل الي زوج اخر وحق الانسان يجب ايفاوه عند طلبه
واذا امتنع من عليه يجبره القاضي علي الايفا وذلك بالبيان هاهنا
فكذا البيان حقهما لكونها وسيلة الي حقهما وسيلة حق الانسان
حقه والجبر علي البيان يوئيد القول الاول لان الوقوع لو كان معلقا
بشرط البيان لما اجبر اذ الحالف لا يجبر علي تحصيل الشرط ولا البيان
الهمار الثابت والهمار الثابت ولا ثابت محال ثم البيان لو كان نصا
ودلالة اما النص فنحو ان يقول اياها عنيت او اردت وما يجري
هذا المجري ولو قال احديكما طالق ثلاثا ثم طلق احديهما عينا
بان قال لها انت طالق وقال اردت به بيان الطلاق الذي لزمني
لا طلاقا مستقبلا كان القول قوله لان البيان واجب عليه وقوله انت
طالق يحتمل البيان لانه ان جعل انشاء في الشرع لكنه يحتمل الاخبار
فيحتمل البيان اذ هو اخبار عن كائن وهذا ايضا ينصر القول الاول
لان الطلاق لو لم يكن واقعا لم يصدق في ارادة البيان اذ البيان للو قع
واما الدلالة نحو ان يفعل او يقول ما يدل علي البيان لجواز ان يطا
احدهما او يقبلها او يلمسها او يحلف بطلاقها او يظاهر منها لان
ذلك كله لا يجوز الا في المنكوحة فكان الاقدام عليه تعيينا لهذه للنكاح
واذا تعينت هي للنكاح تعين الاخري للطلاق ضرورة انتفا المزا
حم
واذا كن اربعا او ثلاثا تعينت الباقيات لبيان الطلاق في واحدة
منهن نصا او دلالة بالفعل او بالقول بان يطا الثانية والثالثة
فتتعين الرابعة للطلاق او يقول هذه منكوحة وهذه فتتعين الرابعة
للطلاق ان كن اربعا وان كن ثلاثا تعين الثالثة للطلاق لو طي الثانية
او بقوله للثانية هذه منكوحة وكذا اذا ماتت احديهما قبل البيان طلقت

الباقيه

الباقية لان التي ماتت خرجت عن احتمال البيان فيهما لان الطلاق
عند البيان وقد خرجت عن احتمال الطلاق فخرجت عن احتمال البيان
فتعينت الباقية للطلاق وهذا يوئيد القول الثاني لان الطلاق لو كان
وقع في غير المعين لما افترق الحال في البيان بين الحياة والموت اذ هو
الهمار ملكان فرق بين هذا وبينما اذا باع احد عبديه علي ان المشتري
بالخيار يأخذ ايهما شاء ويرد الاخر فمات احدهما قبل البيان انه
لا يتعين الباقي منهما للبيع بل يتعين الميت للبيع ويصير المشتري
مختارا للبيع في الميت قبل الموت وهو حدوث عيب لم يكن وقت الشر
وهو المرض اذ لا يخلوا الانسان عن مرض قبيل الموت عادة وحدوث
العيب في الذي فيه خيار يبطل الخيار فيبطل الخيار قبيل الموت ودخل
العبد في ملك المشتري فتعين الاخر للرد ضرورة هذا المعني لم يوجد
في الطلاق لان حدوث العيب في المطلقة لا يوجب بطلان الخيار ولو
ماتت احديهما قبل البيان فقال الزوج اياها عنيت لم يرثها وطلقت
الباقية لانها كما ماتت تعينت الباقية للطلاق فاذا قال عنيت الاخري
فقد اراد صرف الطلاق عن الباقية فلا يصدق فيه ويصدق في
ابطال الارث لان ذلك حقه والانسان في اقراره بابطال حق نفسه
مصدق لانتفا التهمة وكذلك اذا ماتتا جميعا او احديهما بعد
الاخري ثم قال عنيت التي ماتت اولا لم يرث منهما اما من الباقية
فلتعينها للطلاق بموت الاولي واما من الاولي فلاقراره لانه لا حق
له في ميراثها وهو مصدق علي نفسه ولو ماتتا جميعا بان سقط
عليهما حائط او غرقتا يرث من كل واحدة منهما نصف ميراثها
لانه يستحق ميراث كل واحدة منهما في حال ولا يستحقه في حال فينتصف
كما هو اصلنا في اعتبار الاحوال وكذلك اذا ماتتا جميعا احديهما بعد
الاخري لكن لا يعرف المتقدم والمتاخر فهذا بمنزلة موتهما معا ولو
ماتتا ثم عين احديهما بعد موتها وقال اياها عنيت لا يرث منها ويرث

من الاخري نصف ميراث زوج لانهما لما ماتتا فقد استحق من كل واحدة
نصف ميراث لما بينا فاذا اراد احديهما عينا فقد اسقط حقه عن
ميراثها وهو النصف فيرث من الاخري النصف ولو ارتدا جميعا قبل
البيان فانقضت عدتهما ماتتا ولم يكن له ان يبين الطلاق الثلاث
في احديهما اما البينونة فلان الملك قد زال من كل وجه بالردة وانقضاء
العدة واذا زال الملك لا يملك البيان وهذا يدل على ان الطلاق لم يقع
قبل البيان اذ لو وقع لصح البيان بعد البينونة لان البيان حقيقة
يكون تعيين من وقع عليه الطلاق فلا يتقرر صحته الي قيام الملك
ولو كانتا رضيعتين فجاءت امراة فارضعتهما قبل البيان باتتا وهذا
دليل ظاهر على صحة القول الثاني لانه لو وقع الطلاق على احديهما
لصارت اجنبية فلا يتحقق الجمع بين الاختين بالارضاع نكاحا فينبغي
ان لا يبينا وقد باتتا واذا باتتا بالرضاع لم يكن له ان يبين الطلاق
في احديهما لما قلنا وهو دليل على ما قلنا ولو بين الطلاق في احديهما
يجب عليهما العدة من وقت البيان كذا روي عن ابي يوسف حتى
لو راجعها بعد ذلك صحت رجعته وكذا اذا بين الطلاق في احديهما
وقد كانت حاضت ثلاث حيض لا يعتد بما حاضت قبله ويستانف العدة
من وقت البيان وهذا يدل على ان الطلاق لم يكن واقعا قبل البيان
وروي عن محمد انه يجب العدة من وقت الارسال وتنقضي اذا حاضت
ثلاث حيض من ذلك الوقت ولا تصح الرجعة بعد ذلك وهذا يدل على
ان الطلاق نازل في غير المعين ومن هذا احتج القدوري للخلاف
بين ابي يوسف ومحمد في كيفية هذا التصرف على ما ذكرنا من القول
واستدل بمسئلة العدة على الخلاف ولو قال لامرأتين له احديكما طالق
واحدة والاخري ثلاثا فحاضت احديهما ثلاث حيض بانت بواحدة
والاخري طالق ثلاثا لان كل واحدة منهما مطلقة الا ان احديهما
بواحدة والاخري بثلاث فاذا حاضت احديهما ثلاث حيض فقد زال

ملكه عنهما بيقين فخرجت عن احتمال الثلاث فيهما فتقضت الاخري
للثلاث ضرورة ولو كان تحته اربع نسوة فقال احديكن طالق ثلاثا
ثم تزوج اخري جاز وان كان مدخولا بهن فتزوج اخري لم يجز
وهذا حجة القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا في احديهن لما جاز
في الفصل الاول لانه يكون نكاح الخامسة والجارية في الفصل الثاني
لانه نكاح الرابعة ولما كان الامر على القلب من ذلك دل ان الطلاق
لم يكن واقعا قبل البيان ولو قال لامرأتين له في صحته احديكما طالق
ثم بين احديهما في مرضه يصيران وارثة المطلقة مع المنكوحة
ويكون الميراث بينهما نصفين وهذا حجة القول الثاني لان الطلاق
لو كان واقعا في احديهما غير عين لكان وقوع الطلاق في الصحة
فينبغي ان لا يصيرا وارثين لما اذا اطلق واحدة منهما عينا واما الذي
يتعلق بما بعد موت الزوج فانواع ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث
وحكم العدة اذا مات قبل البيان اما حكم المهر فان كانتا مدخولا بهما
فلكل واحدة منهما جميع المهر لان كل واحدة منهما تستحق جميع
المهر منكوحة كانت او مطلقة اما المنكوحة فلا شك فيه واما المطلقة
فلانها مطلقة بعد الدخول وان كانتا غير مدخول بهما فلهما مهر ونصف
مهر بينهما لكل واحدة منهما ثلاثة ارباع مهر لان كل واحدة منهما
يحتمل ان تكون منكوحة ويحتمل ان تكون مطلقة فان كانت منكوحة
تستحق جميع المهر لان الموت بمنزلة الدخول وان كانت مطلقة تستحق
النصف لان النصف قد سقط بالطلاق قبل الدخول فلكل واحدة
منهما ثلاثة ارباع مهر هذا اذا قدر ان سمي لهما مهرا فان كان لم يسم
لهما مهرا فلهما مهر ومتعة بينهما لان كل واحدة منهما ان كانت منكوحة
فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكل واحدة منهما
تستحق كمال مهر المثل في حال ولا تستحق مهر المثل في حال وكذا المتعة
فينتصف كل واحد منهما فيكون لهما مهر ومتعة بينهما لكل واحدة منهما

مهر المثل ونصف متعة وان كان سمي لاحديهما مهرا ولم يسم للاخرى
فللمسمي لها ثلاثة ارباع المهر والتي لم يسم لها نصف مهر المثل
لان المسمي لها ان كانت منكوحة فلها جميع المسمي وان كانت مطلقة
قبل الدخول فلها النصف فينتصف كذلك فيكون لها ثلاثة ارباع المهر المسمي والتي
لم يسم لها ان كانت منكوحة فلها جميع مهر المثل فاستحقت به حال ولم
تستحق شيأ منه به حال فيكون لها نصف مهر المثل وجه القياس انها ان
كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة قبل الدخول فلها كمال المتعة فكان
لها كمال مهر المثل به حال وكمال المتعة به حال فينتصف كل واحد منهما
فيكون لها نصف مهر المثل مثلها ونصف متعتها وجه الاستحسان ان نصف
مهر المثل اذا وجب لها امتنع وجوب المتعة لان المتعة بدل عن نصف
مهر المثل والبدل والمبدل لا يجتمعان هذا اذا كانت المسمي لها مهرا معلومة
فان لم تكن معلومة فلها مهر وربع مهر اذا كان مهر مثلها مثلها سواء
ويكون بينهما لان كل واحدة منهما يحتمل ان تكون هي المسمي لها
المهر فيكون لها ثلاثة ارباع المهر لما ذكرنا ويحتمل ان يكون
غير المسمي لها المهر فيكون لها نصف مهر المثل ففي حال يجب ثلاثة
ارباع المهر وفي حال يجب نصف المهر فينتصف كل ذلك فيكون
لها مهر وربع مهر بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر ومتى مهر
نصف مهر المسمي ومتى مهر المثل ولا يجب المتعة استحسانا
والقياس ان يجب نصف المتعة ايضا ويكون بينهما وهو قول
زفر وجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا والله اعلم
وهذه المسايل تدل على ان الطلاق في احديهما غير معين وقت
المرسال حيث شاع فيهما بعد الموت اذ الواقع يشيع والله اعلم
واما حكم الميراث فهو انهما يرثان منه ميراث امراة واحدة ويكون
بينهما نصفين في الاحوال كلها لان احديهما منكوحة بيقين م
وليست احديهما باولي من الاخرى فيكون قدر ميراث امراة

واحدة

واحدة ويكون بينهما نصفين في الاحوال كلها لان احديهما منكوحة
بيقين وليست احديهما باولي من الاخرى فيكون قدر ميراث امراة
واحدة بينهما فان كان للزوج امراة اخرى سواهما لم يدخلها في الطلاق
فلها نصف ميراث النساء ولهما النصف لانه لا يزاحمها الا واحدة منهما
لان المنكوحة واحدة والاخرى مطلقة وكان لها النصف ثم النصف
الباقي يكون بين الاخريين نصفين اذ ليست لاحديهما باولي من
الاخرى واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة وعدة
الطلاق لان احديهما منكوحة والاخرى مطلقة وعلى المنكوحة
عدة الوفاة لا عدة الطلاق وعلى المطلقة عدة الطلاق لا عدة
الوفاة فدارت كل واحدة من العدتين في حق كل واحدة من
المراتين بين الوجوب وعدم الوجوب والعدة يحتاط في ايجابها
ومن الاحتياط القول بوجوبهما على كل واحدة منهما والله الموفق
وان كان ممن لا يملك طلاقه لا تقع الاضافة بالاجماع بان جمع
بين امراته وبين اجنبية وقال احديكما طالق حتى لا يطلق
امراته لان هذا الطلاق يستعمل للانشاء ويستعمل للاخبار ولو
حمل على الاخبار لصح لانه يخبر ان احديهما طالق والامر كما اخبر ولو
حمل على الانشاء لم يصح لان احديهما وهي الاجنبية لا يحتمل الانشاء لعدم
النكاح والطلاق قبل النكاح على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
فكان حمله على الاخبار اولى هذا اذا كان المزاحم به لا يملك
الطلاق فاما اذا لم يكن نحو ما اذا جمع بين امراته وبين حجر
او بهيمة فقال احديكما طالق فهل تصح الاضافة اختلف فيه قال
ابو حنيفة وابو يوسف يصح حتى يقع الطلاق على امراته وقال
محمد لا يصح ولا يقع الطلاق على امراته وجه قوله ان الجمع بين المنكوحة
وغير المنكوحة يوجب شكا في الايقاع كالوجمع بين امراته وبين اجنبية
وقال احديكما طالق ولا يقع مع الشك ولهما انه اذا جمع بين من

يحتمله الطلاق ومن لا يحتمله في الاسم واضاف الطلاق اليهما فالظاهر
انه اراد به من يحتمله الطلاق لامن لا يحتمله لان الطلاق اضافة الطلاق
الي ما لا يحتمله سفه فانصرف مطلق الاضافة الي زوجته بدلالة الحال
بخلاف ما لو جمع بينها وبين اجنبيه لان الاجنبية محتملة للطلاق
في الجملة وهي محتملة للطلاق في الحال اخبارا ان كانت لا تحتمله انشاء
وفي الصرف الي الاخبار صيانة كلامه عن اللغو فينصرف اليه ولو جمع
بين زوجته وبين رجل فقال احدكما طالق لم يصح في قول ابي حنيفة
حتي لا تطلق زوجته وبين بهيمة وقال احدكما طالق وجد قول ابي حنيفة
رحمه الله ان الرجل محتمل للطلاق في الجملة الا تري انه تحقق البينونة حتي
لو قال لامرأته انا منك بائن ونوي الطلاق لوقعان رجعي وبائن واذا كان
محتملا للطلاق في الجملة حمل كلامه علي الاخبار كما اذا جمع بينها وبين
اجنبية وقال احدكما طالق ولو جمع بين امرأته وبين امرأة ميتة
فقال انت طالق وهذه واشار الي الميتة لم تصح الاضافة بالاجماع حتي
لا تطلق زوجته لان الميتة من جنس ما تحتمل الطلاق وقد كانت
محتملة للطلاق قبل موتها فصار كما اذا جمع بينها وبين اجنبية والله
الموفق واما الجهالة الطارئة ففي ان تكون الطلاق مضافا الي معلومه
ثم تجهل كما اذا طلق الرجل امرأة بعينها من نسائه ثلاثا ثم نسي
المطلقة والكلام في هذا الفصل في موضعين احدهما في بيان كيفية
هذا التصرف والثاني في بيان احكامه اما الاول فالخلاف في ان الواقع
منهن طالق قبل البيان لانه اضاف الطلاق الي معينة وانما طرت
الجهالة بعد ذلك والعينة محل لوقوع الطلاق فيكون البيان هاهنا
اظهارا وتعيينا لمن وقع عليها الطلاق واما الاحكام المتعلقة فنوعان
ايضا علي ما مر اما الذي يتعلق به في حال حيوة الزوج فنوعان لا يحل
له ان يطأ واحدة منهن حتي يعلم التي طلق فيجتنبها لان احد العينين
محرمة بيقين وكل واحدة منهن يحتمل ان تكون هي المحرمة فلو وطي

واحدة

واحدة منهن حتي لا يعلم بالمحرمة فربما وطي المحرمة والاصل فيه ما روي
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لوابصة بن معبد الحلال بين والحرام
بين وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الي ما لا يريبك ولا يجوز
ان يطلق واحدة منهن بالتحري والاصل فيه ان كل ما لا يباح عند
الضرورة فلا يجوز فيه التحري بخلاف الذكية اذا اختلطت بالميتة
انه يجوز التحري في الجملة وهي ما اذا كانت الغلبة للذكية عندنا
لان الميتة مما يباح عند الضرورة فان وجدت كل واحدة منهن
ان تكون المطلقة فاستوين عليه الحاكم في النفقة والجماع اعدي
عليه وحبسه حتي يبين التي طلق منهن والزمه النفقة لهن
ولكل واحدة منهن حق المطالبة بحقوق النكاح ومن عليه الحق اذا
امتنع من الايفاء مع قدرته عليه يحبس كمن امتنع من قضاء دين عليه وهو
قادر علي قضائه فيحبسه الحاكم ويقضي بنفقتهن عليه لان النفقة
من حقوق النكاح فان ادعت كل واحدة منهن انها هي المطلقة
ولا بينة لها وجحد الزوج فعليه اليمين لكل واحدة منهن لان الايمان
للنكول والنكول بدل او اقرار والطلاق يحتمل البدل والاقرار فيستحلف
فيه فان ابي ان يحلف فرق بينه وبينهن لانه بدل الطلاق لكل واحدة
منهن او اقر به والطلاق يحتمل كل واحدة منهما وان حلف لهن لا يستطيع
عنه البيان بل لا بد ان يبين لان الطلاق لا يرتفع باليمين لبقاء علي
ما كان عليه فيوخذ بالبيان وروي بن سماعه عن محمد انه قال اذا كانت
امرأتين فحلف للاولي طلقت التي لم يحلف لها لانه لما انكر للاولي
ان تكون مطلقة تعينت الاخري للطلاق ضرورة وان لم يحلف للاولي
طلقت لانه بالنكول بدل الطلاق او اقر به فان نشأ حلف علي اليمين
حلف لهما جميعا بالله ما طلق واحدة منهما لانهما استويا في الدعوي
ويمكن انها حلفهما معا في المحلف فيحلف لهما معا فان حلف لهما جحد عنهما
حتي يبين لان احليهما قد بقيت مطلقة بعد الحلف اذ الطلاق لا يرتفع

بالمين فكانت احديهما محرمة فلا يمكن ارتفاع الحرمة منهما الى اثنتين
فان وطي احديهما فالتي لم يطأ مطلقة لان فعله محمول على الجواز ولا يجوز
الا بالبيان فكان الوطي بيانا ان الموطوءة منكوحة فتعينت الاخرى للطلاق
ضرورة انتفاء المزاحم كما لو قال لاحديكما طالق ثم وطي احديهما واذا طلق
واحدة من نسائه لا بعينها ثلاثا ثم نسيهما ولم يتذكر تعينت فيما بينه
وبين الله تعالى ان يطلق كل واحدة منهن تطليقة رجعية ويتركها
حتى تنقضي عدتها فتبين لانه لا يجوز له ان يمسكهن فيقرع بين جميعا
لان احداهن محرمة بيقين فلا يجوز ان يطأ واحدة منهن بالقرعة لانه
لا مدخل للقرعة في الفروج ولا يجوز له ان يترك من غير بيان لما فيه
من الاضرار بهن بابطال حقوقهن منه ومن غيره بالنكاح اذ لا يحل لهن
النكاح لان كل واحدة منهما يحتمل ان تكون منكوحة فيوقع على كل واحدة
منهن تطليقة رجعية ويتركها حتى تنقضي عدتها فتبين واذا انقضت
عدتهن وان فاراد ان يتزوج الكل في عقد واحد قبل ان يتزوجن لم يجز
لان واحدة منهن مطلقة ثلاثا بيقين وان اراد ان يتزوج واحدة منهن
بالاحسن ان لا يتزوج بها الا بعد ان يتزوجن كلهن بزوج اخر لجواز ان
تكون التي تزوجها المطلقة ثلاثا فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره
فاذا تزوجن بغير فقد حللن بيقين فلو انه تزوج واحدة منهن
قبل ان يتزوجن بغيره جاز نكاحها لان فعله يحمل على الجواز الصحة
ولا يجوز الا بالبيان فكان اقدامه على نكاحها بيانا انها ليست
بمطلقة بل هي منكوحة وكذا اذا تزوج الثانية والثالثة جاز لما قلنا
وتعينت الرابعة للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم وكذا اذا كانتا اثنتين
فتزوج احديهما تعينت الاخرى للطلاق لانا نحمل نكاح التي تزوجها
على الجواز ولا جواز له الا بتعيين الاخرى للطلاق فتتعين الاخرى
للطلاق ضرورة هذا اذا كان الطلاق ثلاثا فان كان بائنا ينكحهن
جميعا نكاحا جديدا ولا يحتاج الى الطلاق وان كان رجعيا يراجعهن جميعا

واذا

واذا كان الطلاق ثلاثا فماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن ان لا
يطأ الباقيات الا بعد بيان المطلقة لجواز ان تكون المطلقة فيهن وان وطئهن
قبل البيان فالاحسن ان لا يطأ جاز لان فعل العاقل المسلم يحمل على الجواز
ما امكن وها هنا امكن بان يحمل فعله على انه تذكر ان الميتة كانت هي المطلقة
اذ البيان في الجهالة الطارئة اظهار وتعيين لمن وقع عليه الطلاق بالاخلاف
بالاخلاف فلا يكون حيوتها شرط الجواز بيان الطلاق فيهما واذا تعينت
هي للطلاق تعينت الباقيات للنكاح فلا يمنع من وطئهن خلاف الجهالة
الاصلية اذا ماتت واحدة منهن انها لا تتعين للطلاق لان الطلاق
هناك يقع عند وجود الشرط وهو البيان متصورا عليه والمحل ليس بقابل
لوقوع الطلاق وقت البيان ثم البيان ضربان نص ودلالة اما النص
فهو ان يبين المطلقة نصا فيقول هذه التي كنت طلقتها واما الدلالة
فهو ان يفعل او يقول ما يدل على البيان مثل ان يطأ واحدة او يقبلها
او يطلقها او يحلف بطلاقها او يظاهر منها فان كانتا اثنتين تعينت
الاخرى للطلاق لان فعله محمل على الجواز ولا يجوز الا بتعيين الاخرى
للطلاق فكان الاقدام عليها تعيينا للاخرى للطلاق ضرورة وكذا اذا
قال هذه منكوحة تتعين الاخرى للطلاق ضرورة وان كن ثلاثا او اربعا
تعينت الباقيات لكون المطلقة فيهن فتتعين بالبيان نصا ايضا او
دلالة بالفعل او بالقول على ما مر بيانه في الفصل الاول ولو كن اربعا
ولم يدخل بهن فتزوج اخرى قبل البيان جاز لان الطلاق واقع في
احديهن فكان هذا نكاح الرابعة فلا يتحقق الجمع بين الخمس فيجوز وان
كن مدخولا بهن لا يجوز لانه يتحقق الجمع لقيام النكاح من وجه لقيام
العدة ولو كان الطلاق في الصحة فبين في واحدة منهن في مرضه ثم
مات لم ترثه لان البيان ها هنا اظهار وتعيين لمن وقع عليه الطلاق والوقوع
كان في الصحة فلا ترث بخلاف الفصل الاول واما الذي يتعلق به بعد
موت الزوج فانواع ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة والفصلان

لا يختلفان في هذا الاحكام فما عرفت من الجواب في الاول فهو الجواب في الثاني
والله اعلم بالصواب

كتاب الظهار

نحتاج في هذا الكتاب الى معرفة ركن الظهار والى معرفة شرايط الركن
والى معرفة ما ينتهي به حكمه والى معرفة كفارة الظهار اما ركن الظهار فهو
اللفظ الدال على الظهار والاصل فيه قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي
ويلحق به قوله انت علي كبطن امي او فخذ امي او فرج امي لان معنى الظهار
تشبيه الحلال بالحرام ولهذا وصفه الله تعالى بانه منكر من القول وزورا
فقال في اية الظهار وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وبطن الام وفخذها
في الحرمة مثل ظهرها ولفرجها مزيد حرمة فتزداد خباثة في كون قوله
منكرا وزورا فيتناوله الخبر وهو الحرمة

فصل واما الشرايط فانواع بعضها يرجع الى المظاهر وبعضها يرجع الى المظاهر به اما الذي يرجع الى المظاهر فانواع منها ان يكون عاقلا اما حقيقة او تقديرا فلا يصح ظهار المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم الحرمة وخطاب التحريم لا يتناول من لا يعقل ومنها ان لا يكون محتزها ولا مدها وهو شاء لا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نايما فلا يصح ظهارها او لانها لا يصح طلاقهم وظهار السكران وهو على هذا التفصيل الذي ذكرناه في كتاب الطلاق ومنها ان لا يكون بالغا فلا يصح ظهار الصبي وان كان عاقلا لما مر في ظهار المجنون ولان الظهار من التطرفات الضارة المحضة فلا يملكه الصبي كما لا يملك الطلاق والعتاق وغيرهما من التطرفات التي هي ضارة محضة ومنها ان يكون مسلما فلا يصح ظهار الذمي وهذا عندنا وعند الشافعي اسلام المظاهر ليس بشرط لصحة ظهاره ويصح ظهار الذمي واحتج بعموم قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم من غير فصل بين المسلم والكافر ولان الكافر من اهل الظهار لانه حكمه الحرمة والكفار مخاطبون بشرايع هي حرمات ولهذا كان اهلا للطلاق كذا الظهار

ولنا

(ر) يرجع الى المظاهر منه صح

ولنا ان عمومات النكاح تقتضي حل الزوجات على الازواج نحو قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين وقوله نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شئتم والظهار لا يوجب زوال النكاح والزوجية لان لفظ الظهار لا ينبئ عنه ولهذا يحتاج الى تجديد النكاح بعد الكفارة الا ان المسلم صار مخصوصا فمن ادعى تخصيص الذمي يحتاج الى الدليل ولان حكم الظهار حرمة موقتة بالكفارة او بتحرير مخلفه الصوم والكافر ليس من اهل هذا الحكم فلا يكون من اهل الظهار وقد خرج الجواب عما ذكره من المعنى واما اية الظهار فانما تتناول المسلم لدلائل احدها ان اول الاية خاص في حق المسلمين وهو قوله الذين يظهرون منكم من نسايهم وقوله كنا به عن المسلمين الا ترى الى قوله وان الله غفور رحيم والكفر غير جايز المغفرة وقوله والذين يظهرون من نسايهم بنا على الاول والثاني ان فيهما امرا بتحرير مخلفه الصيام واذا لم يجد الرقبة والصيام مخلفه الطعام اذا لم يستطع وكل ذلك لا يتصور الا في حق المسلم والثالث ان المسلم مراد من هذه الاية بلا شك والمذهب عندنا ان العام يبنى على الخاص ومتى بنى العام على الخاص خرج المسلم عن عموم الاية ولم يقل به احد واما كونه حرا فليس بشرط لصحة الظهار فيصح ظهار العبد لان الظهار تحريم والعبد من اهل التحريم الا ترى انه يملك التحريم بالطلاق فكذا بالظهار ولعموم قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم فان قيل هذه الاية لا تتناول العبد لانه جعل حكم الظهار التحرير بقوله فتحرير رقبة والعبد ليس من اهل التحرير فلا يكون من اهل حكم الظهار فلا يكون من اهل الظهار فلا يتناوله نص الظهار فالجواب انه ممنوع انه جعل التحرير حكم الظهار وعلى الاطلاق بل جعله حكمه في حق من وجد فاما في حق من لم يجد فانما جعل حكمه الصيام بقوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والعبد غير واجد لانه لا يكون واجدا الا بالملك والعبد ليس من اهل الملك

فلا يكون واحدا فلا يكون الاعتاق وحكم الظهار في حقه اذ لا عتق فيما لا يملك
ابن ادم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يكون له التكفير بالاعتاق
وكذا بالاطعام اذ لا طعام على وجه التمليك او الاباحة ولا يتحقق بدون
الملك ولو كفر العبد بما باذن مولاه او المولى كفر عنه بما لم يجز لان الملك
لم يثبت له فلا يقع الاعتاق والاطعام عن خلاف العمد اذا اعتق عبد غيره
او المعتدة يجوز لان العتق من اهل الملك فيثبت الملك له اولا ثم يوزعه
بطريق النيابة والعبد ليس من اهل الملك فلا يملك المودي فلا يجزيه في
الكفارة الا الصيام وليس لمولاه ان يمنعه من صيام الظهار بخلاف
صيام النذر وكفارة اليمين لان للمولى ان يمنعه عن ذلك لان صوم الظهار
قد تعلق به حق المراة لانه يتعلق به استباحة وطيها الذي يستحق
بعقد النكاح فكان منعا اياه عن الصيام منعا له عن الفاحق مستحق
للغير فلا يملك ذلك بخلاف صوم النذر واليمين لانه لم يتعلق به
حق احد فكان العبد بالصوم متصرفا في المنافع المملوكة لمولاه
من غير اذنه لا حق لاحد عليه فيه فكان له منعه عن ذلك وسواء كان
العبد قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا او مستسعى على اصل ابي
حنيفة لما قلنا وكذا كون ذلك حال ليس بشرط لصحة الظهار حتى يصح
ظهار الهازل كما يصح طلاقه وكذا كونه طائعا او عامدا ليس بشرط
عندنا فيصح ظهار المكره والخاطئ كما يصح طلاقه وعند الشافعي شرط فلا
يصح ظهارهما كما لا يصح طلاقهما وهذه من مسائل الاكراه وكذا التكلم
بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهرا بالكتابة المستبينة والاشارة المعلومة من الاخرس وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط حتى يصح
ظهار شارط الخيار لما ذكرنا في كتاب الطلاق واما كون المظاهر رجلا
فمما هو شرط صحة الظهار قال ابو يوسف ليس بشرط وقال محمد شرط
حتى لو قالت المراة لزوجها انت علي كظهر امي تصير مظاهرة عند ابي
يوسف وعليها كفارة الظهار وعند محمد لا تصير مظاهرة وكما حكي

تولهما

لا يمنع العبد من صوم الظهار
ولا من صيام النذر وكفارة اليمين

المظاهر رجلا او امراة

قولهما للحسن بن زياد فقال لهما تبخا للعمة احطا عليها كفارة اليمين
اذا وطيها روحها وجه قول الحسن ان الظهار تحريم بالقول والمراة لا تملك
التحريم بالقول الا ترى انها لا تملك الطلاق فكذا الظهار ولابي يوسف
ان الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهي من اهل الكفارة فكانت من اهل
الظهار والله اعلم وسنها النية عند ابي حنيفة وابي يوسف في بعض
انواع الظهار دون بعض وبيان ذلك انه لو قال لامراته انت علي كظهر
امي كان مظاهرا سواء نوى الظهار او لا نية له اصلا لان هذا صريح في
الظهار اذ هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السماع بحيث لا يسبق الى
الفهم السامع غيره فلا يفتقر الى النية كصريح الطلاق في قوله انت طالق
وكذا اذا نوى الكرامة او المنزلة او الطلاق او تحريم اليمين لا يكون الا ظهارا
لان هذا اللفظ صريح في الظهار فاذا اراد به غيره فقد اراد صرف اللفظ
عما وضع له الى غيره فلا ينصرف اليه كما اذا قال لامراته انت طالق ونوى
به الطلاق عن الوثاق او الطلاق عن العمل انه لا ينصرف اليه ويقع الطلاق
لما قلنا كذا هذا ولو قال اردت به الاخبار عما مضى كذبا لا يصدق في
القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا اللفظ في الشرع جعل انشاء
فلا يصدق في ارادة الاخبار عنه كقوله انت طالق اذا اراد به الاخبار
عن الماضي كاذبا ولا يسع للمراة ان تصدقه كما لا يسع للقاضي
لان القاضي انما لا يصدقه لادعائه خلاف الظاهر وهذا موجود
في حق المراة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله
كلامه وكذا اذا قال انت مني مظاهرا وظاهرتك فهو مظاهر لنوى الظهار
او لا نية له لان هذا اللفظ صريح في الظهار ايضا مكشوف المراد عند
السماع فلا يفتقر الى النية واي شيء نوى لا يكون الا ظهارا وان اراد به
الخبر عن الماضي كاذبا لا يصدق قضاء ويصدق ديانة لما قلنا كما لو قال
انت مطلقة او قد طلقتك وكذا لو قال انت مظلمة او قد ظلمتك او علي
كبطن امي او كفخذ امي او كفرج امي هذا وقوله انت علي كظهر امي علي

سواء

ارادة الغير
عن الطلاق

لانه يجري مجري الصريح لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لها انت علي كاي
او مثل امي يرجع الي نيته فان نوي به الظهار كان ظهارا وان نوي به
الكرامة كان كرامة وان نوي به الطلاق كان طلاقا وان نوي به اليمين
كان ايلا لان اللفظ يحتمل كل ذلك اذ هو تشبيه المرأة بالام فيحتمل
التشبيه في الكرامة و المنزلة اي انت علي في المنزلة والكرامة كاي ويحتمل
التشبيه في الحرمة ثم يحتمل ذلك حرمة الظهار ويحتمل حرمة الطلاق
ويحتمل حرمة اليمين فاي ذلك نوي فقد نوي ما يحتمله لفظه فيكون
على ما نوي وان لم تكن له نية لا يكون ظهارا عند ابي حنيفة وهو
قول ابي يوسف الاان عند ابي حنيفة لا يكون شيئا وعند ابي يوسف
يكون تحريم اليمين وعند محمد ظهارا احتج محمد بقوله تعالي في اية
الظهار رداً على المظاهرين ما هن امهاتهم ذكر الام ولم يذكر ظهرها
قلنا ان تشبيه المرأة بالام وهو قوله انت علي كظهر امي كاي كظهار حقيقة
كقوله انت علي كظهر امي بل اولي لان قوله انت علي كظهر امي تشبيه
المرأة بعضو من اعضاء وقوله انت علي كاي تشبيه بكلها ثم ذاك
لما كان ظهارا فهذا اولي ولان كان التشبيه تختص بالظهار فعند الاطلاق
حمل عليه ولابي حنيفة وابي يوسف ان هذا اللفظ يحتمل الظهار
وغيره احتمالا لا على السوا لما ذكرنا فالايمين الظهار الا بدليل معين
ولم يوجد الا ان ابا يوسف يقول يحمل على تحريم اليمين لان الظاهر
انه اراد بهذا التشبيه التشبيه في التحريم وقد يحتمل تحريم الطلاق
وتحريم اليمين الا ان تحريم اليمين ادني فيحمل عليه والجواب انا لا نسلم
انه اراد به التشبيه في التحريم بل هو محتمل يحتمل الحرمة وغيرها فالايمين
التحريم من غير دليل لما ان معنى الكرامة والمنزلة ادني فيحمل مطلق
التشبيه عليه وما ذكره محمد رحمه الله ان الله تعالي ذكر الامهات لا الظهور
الامهات قلنا هذا لا يدل على ان التشبيه بالام ظهار حقيقة لانه لو
كان كذلك لقال ما هن كامهاتهم لانه شبههن بالام لانه اثبت الامومية

لها

لها ولو قال انت علي حرام كاي حمل على نيته لانه اذا ذكر مع التشبيه التحريم
ما لم يحتمل معنى الكرامة فتعين التحريم ثم هو محتمل يحتمل الظهار ويحتمل
تحريم الطلاق والايلا فيرجع الي نيته فان لم تكن له نية يكون ظهارا لان حرف
التشبيه يختص بالظهار فمطلق التحريم يحمل عليه ولو قال انت علي
حرام كظهر امي فان نوي الظهار اولا نية له اصلا فهو ظهار وان نوي
الطلاق لم يكن الا ظهارا في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
يكون طلاقا وروي عن ابي يوسف ومحمد يكون طلاقا وروي عن
ابي يوسف انه يكون طلاقا وظهارا جميعا وجه قولهما ان قوله انت
علي حرام يحتمل الطلاق كما يحتمل الظهار فاذا نوي به الطلاق فقد
نوي ما يحتمله لفظه فصحت نيته ولابي حنيفة يقول لما قال بعد
قوله حرام كظهر امي فقد فسر التحريم بتحريم الظهار فزال الاحتمال
فكان صريحا في الظهار فلا التفات فيه الي نيته وما روي عن ابي يوسف غير
سديد لانه حمل اللفظ على معنيين مختلفين واللفظ الواحد لا يتناول
معنيين مختلفين ولو قال انت علي كالميتة او كالدم او كالخمر او كا
لحنزير رجع الي نيته فان نوي الطلاق كان طلاقا وان نوي التحريم
او لا نية له يكون يمينا ويصير موليا وان قال عنيت به الكذب لم يكن شيئا
ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء وقد ذكرنا هذه المسئلة في كتاب
الطلاق في فصل الايلا والله الموفق **فصل** واما الذي يرجع
الي المظاهر منه فمنها ان تكون زوجته وهي ان تكون مملوكة له بملك
النكاح فلا يصح الظهار من الاجنبية لعدم الملك ويصح ظهار زوجته
تنجيزا وتعليقا واضافة الي وقت بان قال لها انت علي كظهر امي راس
شهر كذا لقيام الملك وتعليقا في الملك بان قال لها ان دخلت الدار او ان
كلمتك فلانا فانت علي كظهر امي لوجود الملك وقت اليمين واما تعليقه
بالملك وهو اضافته الي سبب الملك فصحيح عندنا خلافا للشافعي
بان قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي حتي لو تزوجها

صار مظاهرا عندنا لوجود الاضافة الي سبب الملك وعنده لا يصح
لعدم الملك للحال ولو قال لاجنبية اذا دخلت الدار انت علي كظهر
امي لا يصح حتى لو تزوجها فدخلت الدار لا يصير مظاهرا لانعدام
لانعدام الملك والاضافة الي سبب الملك وعلي هذا يخرج الظهار من
الامة والمدبرة وام الولد ولدام الولد والمكاتبة والمستسعاة علي
اصل ابي حنيفة انه لا يصح لعدم الزوجية ثم انما كانت الزوجية
شرطا لصحة الظهار لان ثبوت الحرمة بالظهار امر ثبت تعبدا غير
معقول المعني لان قوله انت علي كظهر امي تشبيه المراة بالام وانه
محتمل يحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة ويحتمل التشبيه في الحرمة
ثم التشبيه في الحرمة محتمل ايضا يحتمل حرمة الظهار وهي الحرمة
الموقتة بالكفارة ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين وهذه الوجوه
كلها في اللفظ سواء فلا يجوز تنزيله علي بعض الوجوه من غير دليل
معين الا ان هذه الحرمة تثبت شرعا غير معقول فيقتصر علي
مورد الشرع وهي الزوجة قال الله تعالي والذين يظهرون
من نسائهم والمراد منه الزوجات كما في قوله تعالي للذين يولون
من نسائهم وقوله وامهات نسائكم وقوله نساؤكم حرث
لكم ونحو ذلك وسواء كانت الزوجة حرة او امة قنة او مدبرة
او مدبرة او ام ولد او ولد ام ولد او مكاتبة او مستسعاة علي
اصل ابي حنيفة لعموم قوله تعالي والذين يظهرون من نسائهم
وسواء قيام ملك النكاح من كل وجه فلا يصح الظهار من المطلقة
ثلاثا ولا من المبانة والمختلعة وان كانت في العدة بخلاف
الطلاق لان المختلعة والمبانة بلحتهما صريح الطلاق لان الظهار
تحريم وقد ثبتت الحرمة بالابانة والخلع وتحريم المحرم محال
فانه لا تفيد لان الثاني لا تفيد الا ما افاده الاول فيكون عبثا
لخلوه عن الفائدة المفيدة بخلاف الطلاق لان الطلاق ازالة حل

المحليه

المحلية وانه قايم بعد الابانة فلم يكن اثبات الثابت فلم يكن مستحيلا
ولذا الثاني يفيد غير ما افاده الاول وهو نقصان العدد فهو الفرق
بين الفصلين وكذلك اذا علق الظهار بشرط ثم ابانها قبل وجود الشرط
ثم وجد الشرط وهي في العدة انه لا يتركه الظهار بخلاف ما اذا علق
الابانة بشرط فيخرج الابانة ثم وجد الشرط وهي في العدة انه يلحقها
البائن المعلق لما ذكرنا ان الظهار تحريم والمبانة محرمة فلو لحقها
الظهار بيمين كانت قبل الابانة لكان تحريم المحرم وانه مستحيل ثم
هو غير سديد فاستوي فيه الظهار والمبتدا والمعلق بشرط بخلاف
البينونة المعلقة بشرط لان نفوذها بعد تجيز الابانة غير مستحيل
وهو مفيد ايضا وهو نقصان العدد والله الموفق ومنها ان يكون
الظهار مضافا الي بدن الزوجة او الي عضو منها جامع او شايع
وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وتصح الاضافة اليها
والي كل عضو منها وعلي هذا يخرج ما اذا قال لها راسك علي كظهر امي
او وجهك او فرجك او رقبتك او فرجك انه يصير مظاهرا لان هذه
الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكانت الاضافة اليها اضافة الي
جميع البدن وكذا اذا قال لها ثلثك علي كظهر امي او ربعك او نصفك ونحو
من الاجزاء الشايعة ولو قال يدك او رجلك او اصبعك لا يصير مظاهرا
عندنا خلافا للشافعي واختلف مشايخنا في الظهر والبطن وهذه الجملة
قد مرت في كتاب الطلاق **فصل** واما الذي يرجع الي المظاهر به
فمنها ان يكون من جنس النساء حتى لو قال لمدابته او ثوبه انت علي كظهر امي او
ابي لا يصح الظهار لان الظهار عرف موجبا بالشرع والشرع انما ورد
بها فمنها اذا كان المظاهر به امراة ومنها ان يكون عضوا لا يحل له
النظر اليه من الظهر والبطن والفخذ والفرج حتى لو شبهها براس
امه او بوجهها او يدها او رجلها لا يصير مظاهرا لان هذه الاعضاء
من امه يحل له النظر اليها ومنها ان تكون هذه الاعضاء من امراة يحرم

عليه على التابيد سوا حرمت عليه بالرحم كالام والبنت والاخت
وبنت الاخ والاخت والعمة والخالة او بالرضاع او بالصهرية كامراة
ابيه وخليلة ابنه لانه يحرم عليه نكاحهن على التابيد وكذا ام امراته
سوا كانت امراته مدخولا بها او غير مدخول بها لان نفس العقد على
البنت محرم للام فكانت محرمة عليه على التابيد واما بنت امراته فان كانت
امراته مدخولا بها فكذلك لانه اذا دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها
على التابيد واما بنت امراته فان كانت امراته مدخولا بها فكذلك لانه اذا
دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها على التابيد وان كانت غير مدخول
بها لا يصير مظاهرا لعدم الحرمة على التابيد ولو شبهها بظهر امراة
زنا بها ابوه او ابنه قال ابو يوسف هو مظاهر وقال محمد ليس //
بمظاهر بنا على ان قاضيا لو قضى بجواز نكاح امراة زنا بها ابوه
او ابنه لا ينفذ قضاوه عند ابي يوسف حتى لو رفع الى قاضي
اخر ابطله فكانت حرمة النكاح على التابيد وعند محمد ينفذ قضاوه
وليس للقاضي الثاني ان يبطله اذا رفع اليه فلم تكن محرمة على
التابيد وجه قول ابي يوسف ان حرمة نكاح موطوة الاب منصوص
عليها قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسا لان النكاح
في اللغة الضم وحقيقة الضم في الوطي فلم يكن هذا محل الاجتهاد
واذا الاجتهاد لمخالفة النص باطل فالقضا بالجواز يكون مخالفا
للنص فكان باطلا بخلاف ما اذا شبهها بامراة قد فرق بينه وبينها
باللعان انه لا يكون مظاهرا وان كان لا يجوز له نكاحها عندي لانه لو
حكم حاكم بجواز نكاحها جاز لان حرمة نكاحها غير منصوص عليه
فلم تكن محرمة على التابيد وجه قول محمد ان جواز نكاح هذه المراة
مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد فانه جايز عند الشافعي وقد ظهر الاختلاف
فيه السلف فكان محل الاجتهاد وظاهر النص يحتمل التاويل فكان
للاجتهاد فيه مساغا والراي محالا ولو شبهها بظهر امراة هيلم

المزني

المزني عما او بنت المزني عما لم يكن مظاهرا لان هذا فصل مجتهد فيه ظاهر
الاجتهاد وظاهر النص يحتمل التاويل فكان الاجتهاد رفيقا في السلف
فلم تكن المراة المظاهر عما محرمة على التابيد فان قبل الجنية لشهوة
او نظر الى فرجها لشهوة ثم شبه زوجته ببنت موطوة لا يصير مظاهرا
بهذا اولي لان التقبيل واللمس والنظر الى الفرج سبب يفضي الى الوطي
فكان دون حقيقة الوطي فاذا لم يصر مظاهرا بذلك فبهذا اولي وعند ابي
يوسف يكون مظاهرا لان الحرمة بالنظر منصوص عليها قال النبي
صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امراة ونظر الى فرجها حرمت عليه امها
وابنتها وعلى هذا يخرج ما اذا شبهها بامراة محرمة عليه في الحال وهي من
محل له في حال اخرى كاخت امراته او امراة لها زوج او مجوسية او مرتدة
لا تكون مظاهرا لانها غير محرمة على التابيد والله اعلم **فصل** واما
حكم الظهار فللظهار احكام منها حرمة الوطي قبل التكفير لقوله
تعالى والذين يظهرون من نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة
من قبل ان يتماسا اي فليحرر والكناية قوله تعالى والوالدات يرضعن
اولادهن اي ليرضعن وقوله والمطلقات يتربصن بانفسهن
اي ليتربصن امر للظاهر بتحرير رقبة قبل المسيس فلو لم يحرم
الوطي قبل المسيس لم يكن للامر بتقديم التحرير قبل المسيس
معنى وهو كقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا ناجيتم الرسول
فقدموا بين يدي نجواكم صدقة وانه يدل على حرمة النجوى قبل
الصدقة اذ لو لم تحرم لم يكن للامر بتقديم الصدقة على النجوى معنى
وكذا هذا وروي ان سلمة بن صخر البياضي ظاهر من امراته ثم
ابصرها في ليلة فقرا وعليها خلخال فضة فاعجبته فوطيها فسال
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام استغفر والله ولا
تقربها حتى تكفر امره بالاستغفار والاستغفار انما يكون على الذنب فدل على
حرمة الوطي وكذا نهي الظاهر عن العود الى الجماع ومطلق النهي

احكام الظهار

حرمة ابيه

للمحرم فيدل على حرمة الجماع قبل الكفارة وروي عن ابن عباس رضي الله
عنهما انه قال اذا على كفارة اي لم يحل له حتى يكفر ومنها حرمة الاستمتاع
بما من المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر الى فرجها عن شهوة
قبل ان يكفر لقوله تعالى من قبل ان يتماسا والحق ما يقع عليه اسم المس
هو اللمس باليد او هو حقيقة لهما جميعا اعني للجماع واللمس باليد
لوجود معنى اللمس فيهما ولان الاستمتاع داع الى الجماع فاذا حرم
الجماع حرمت الدواعي اليه اذ لولم يحرم لادى الى التناقض ولهذا حرم
في الاستبراء والاحرام بخلاف باب الحيض والنفاس لان الاستمتاع هناك
لا يفضي الى الجماع لوجود المانع وهو استعمال الاذى فامتنع عمل
الداعي للتعارض فلا يفضي الى الجماع ولان هذه الحرمة انما حصلت
بتشبيه امرأته بامه فكانت قبل اثباتها بالتكفير وحرمة الام سوا
وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع كذا هذه ولان الظهار كان طلاق البدن
في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل الى تحريم الفعل فكانت حرمة
الفعل في الظاهر منهما مع بقا النكاح كحرمة الفعل في المطلقة بعد
زوال النكاح وتلك الحرمة تعم كل البدن كذا هذه ولا ينبغي للمرأة اذا
ظاهر منها زوجها ان تدعه يقربها بالوطي والاستمتاع حتى يكفر
لان ذلك حرام عليه والتمكين من الحرام حرام ومنها ان للمرأة ان تطالبه
بالوطي واذا طالبته به فعلى الحاكم ان يجبره حتى يكفر ويطأها
لانه بالتحريم بالظهار اضر بها حيث منعها حقها في الوطي مع قيام
الملك فكان لها المطالبة بايفاء حقها ودفع الضرر عنها وفي وسعه
ايفاء حقها بازالة الحرمة بالكفارة فيجب عليه ذلك ويجبر عليه لو
امتنع ويستوي في هذه الاحكام جميع انواع الكفارات كلها الاعتاق
والصيام والاطعام اعني انه كما لا يباح له وطيها والاستمتاع بها
قبل التحرير والصوم لا يباح له قبل الاطعام وهذا قول عامة العلما وقال
مالك ان كانت كفارته الاطعام جاز له ان يطأها قبله لان الله تعالى

ما شرط

ما شرط تقديم هذا النوع على المسيس في كتابه وانما شرط في النوعين
الاولين فقط فيقتصر الشرط على الموضع المذكور ولنا انه لو اباح له الوطي
قبل الاطعام فيطأوها ومن الجايز ان يقدر على الاعتاق او الصيام في خلال
الاطعام فتنتقل كفارته اليه فيتبين ان وطيها كان حراما فيجب
صيانته عن الحرام بايجاب فصل الاطعام احتياطا وعلى هذا يخرج
ما اذا ظاهر الرجل من اربع نسوة له ان له عليه اربع كفارات
سوي ظاهر منهن بالفاظ مختلفة او بقول واحد وقال
الشافعي اذا ظاهر بكلمة واحدة فعليهن كفارة واحدة وجه
قوله ان الظهار واحد نوع التحريم فيعتبر بالنوع الاخر وهو
الايلا وهناك لا يجب الا كفارة واحدة بان قال لنسايه الاربع *
والله لا قربكن فاقربهن فكذا هاهنا ولنا الفرق بين الظهار
والايلا وان كان بكلمة واحدة فانما يتناول كل واحدة منهن على
حيالها فصار مظاهرا من كل واحدة منهن والظهار تحريم لا يرتفع
الا بالكفارة فاذا تعدد التحريم تتعدد الكفارة بخلاف الايلا
لان الكفارة ثمة تجب لحرمة اسم الله تعالى جبرا لهتكه والاسم
اسم واحد فلا تجب الا كفارة واحدة وكذلك اذا ظاهر من امرأة
واحدة في مجلس واحد ثلاثا او اربعا فان لم تكن له نية فعليه لكل
ظهار كفارة لان كل ظهار يوجب تحريما لا يرتفع الا بالكفارة فان
قيل انها اذا حرمت الظهار الاول فكيف يحرم في الثاني وانه اثبات
الثابت وانه محال * هو غير مفيد فالجواب ان الثاني ان كان لا يفيد
تحريما جديدا فانه يفيد تاكيد الاول فليس لعذر اظهاره
في التحريم امكن اظهاره في التكفير فكان مفيدا فايدة التكفير
وان نوى به الظهار الاول فعليه كفارة واحدة لان صيغة صيغة
الخبر وقد يكرر الانسان اللفظ على ارادة التغليظ والتشديد دون
التجديد والظهار لا يوجب نقصان العدد في الطلاق لانه ليس بطلاق

ولا يوجب البينونة وان طالت المدة لانه لا يوجب زوال الملك وانما يمين المولي
قبل التكفير مع قيام الملك وان جامعها قبل ان يكفر لا يلزمه كفارة اخرى
وانما عليه التوبة والاستغفار ولا يجوز له ان يعود ما لم يكفر لما روينا ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لذلك الرجل الذي ظاهر من امرأته
قوافعها قبل ان يكفر استغفر الله ولا تقدحتي تكفر امره بالاستغفار قبل
فعل وبالكفارة ونهاه عن العود البدا لا تقديم الكفارة عليه واما بيان
ما ينتهي به حكم الظهار او يبطل فحكم الظهار ينتهي بموت احد الزوجين
لبطلان محل حكم الظهار ولا يبطل بقاء التي هي غير محله بنتهي بالكفارة
وبالموت ان كان موقتا وبيان ذلك ان الظهار لا يخلو اما ان كان مطلقا
واما ان كان موقتا فالمطلق كقوله انت علي كظهر امي وحكمه لا ينتهي
الا بالكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم لذلك المظاهر استغفر الله ولا
تقدحتي تكفر نهاه عن الجماع بكلمة وهذه الى غاية التكفير فيمتد اليها
ولا يبطل ببطلان ملك النكاح ولا يبطلان حل المحلية حتى لو ظاهر منها
ثم طلقها طلاقا بائنا ثم تزوجها لا يحل له وطيها والاستمتاع بها حتى
يكفر وكذا اذا كانت زوجته امة فظاهر منها ثم اشتراها حتى بطل النكاح
بملك اليمين وكذا لو كانت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب
فسبيت ثم اشتراها وكذا اذا ظاهر منها ثم ارتد عن الاسلام في قول ابي
حنيفة واختلفت الرواية عن ابي يوسف على ما ذكرنا في الايلاء وكذا اذا
طلقها ثلاثا فتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول لا يحل له وطيها
بدون تقديم الكفارة عليه لان الظهار قد انعقد موجبا حكمه وهو الحرمة
والاصل ان التصرف الشرعي اذا انعقد مفيدا لحكمه في بقايه احتمال الغاية
او وهم الغاية يبقى لغاية محتملة او موهومة اصلا الا بالغاية الظاهرة كما
في البيع واحتمال العود هاهنا قايم فيبقى واذا بقي بقي على ما انعقد عليه
وهو ثبوت حرمة لا ترتفع الا بالكفارة وان كانت موقتا بان قال لها انت علي
كظهر امي يوما او شهرا او سنة صح التأقيت وينتهي بانتهاء الوقت بدون

الكفارة

الكفارة عند عامة العلماء وهو احد قولي الشافعي وفي قوله الاخر وهو قول
مالك يبطل التأقيت ويتأبد الظهار وجه قوله ان الظهار اخت الطلاق اذ
هو احد نوعي التحريم ثم تحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت كذا تحريم
الظهار ولنا ان تحريم الظهار اشبه بتحريم اليمين من الطلاق لان الظهار
يحله الكفارة كاليمين يحلها الحنث ثم اليمين يتوقت كذا الظهار بخلاف
الطلاق لانه لا يحله شيء فلا يتوقت والله اعلم **فصل** واما بيان
كفارة الظهار فالكلام فيه يقع في مواضع في تفسير كفارة الظهار
وفي بيان سبب وجوبها وفي بيان شرائط وجوبها وفي بيان شرط
جوازها اما تفسيرها فما ذكره الله تعالى في كتابه من احد الانواع الثلاثة
لكن على الترتيب الاعتاق ثم الصيام ثم الاطعام واما سبب وجوب الكفا
فلا خلاف في ان الكفارة لا تجب الا بعد وجود العود والظهار لقوله
تعالى والذين يظهرون من نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة
من قبل ان يتماسا غير انه اختلف في العود قال اصحاب الظواهر هو ان
يكرر لفظ الظهار وقال الشافعي هو امساك المرأة على النكاح بعد الظهار
وهو ان سئلت عن طلاقها عقيب الظهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه فاذا
امسكها على النكاح عقيب الظهار قدر ما يمكنه ان يطلقها فيه فلم يطلقها
فقد وجبت عليه الكفارة على وجه لا يحتمل السقوط بعد ذلك سواء مات
او ماتت واذا غاب فسوا طلاقها او لم يطلقها راجعها او لم يراجعها ولو
طلقها عقيب الظهار قدر ما يمكنه بلا فصل يبطل الظهار ولا تجب الكفارة
لعدم امساكه المرأة عقيب الظهار وقال اصحابنا العود هو العزم على وطيها
عزما موكدا حتى لو عزم ثم بدا له بان يطأها لا كفارة عليه لهدم العزم
الموكد لانه وجبت الكفارة بنفس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم لان
الكفارة بعد سقوطها لا تعود الا بسبب جديد وجه قول اصحاب الظواهر
التمسك بظاهر لفظة العود لان العود في القول عبارة عن تكراره
قال الله تعالى الم تر الى الذين نهوا عن النجوى ثم يعودون لما نهوا عنه

فكان معنى قوله ثم يعودون لما قالوا اي يرجعون الى القول الاول فيكررونه
وهذا قول الشافعي ان قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون
لما قالوا لتحرير رقبة يقتضي وجوب الكفارة بعد العود وذلك فيما قلنا
لا فيما قلتم لان عندكم لا تجب الكفارة وانما يحرم الوطي الا ان يؤدي الكفارة
فترتفع الحرمة وهذا خلاف النص ولنا ان قول القائل قال فلان كذا ثم عاد
لما قال في اللغة يحتمل ان يكون معناه عاد الى ما قال وفيما قال اي كرره
ويحتمل ان يكون معناه عاد الى ما قال وفيما قال لنقض ما قال فانه
حكي ان اعرابيا تكلم بين يدي الاصمعي ما لم كان يبني بنا ثم يعود له
فقال له الاصمعي ما اردت بقولك اعود له فقال له انقضه ولا يمكن حمله
على الاول وهو التكرار لان الظهار لا يحتمل التكرار لان التكرار اعادة عين
الاول ولا يتصور ذلك في الاعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور
اعادتها وكذا النبي صلى الله عليه وسلم لما امر اوس بالكفارة لم يسأله انه
كرر الظهار ام لا ولو كان ذلك شرطا لسأله اذ الموضع موضع الاشكال
وكذا الظهار الذي كان متعارفا بين اهل الجاهلية لم يكن فيه تكرار القول
واذا تعذر حمله على الوجه الاول حمل على الوجه الثاني وهو العود لنقض
ما قالوا او فسخه فكان معناه ثم يرجعون لما قالوا وذلك بالعزم على
الوطي لان ما قال المظاهر حرم عليه الوطي فكان العود لنقضه وفسخه
استباحة الوطي وعند ابي حنيفة فساد تا ويل الشافعي للعود بامساك
المرأة واستبقاء النكاح لان امساك المرأة لا يعرف عودا في اللغة ولا امساك
شيء من الاشياء يتكلم فيه بالعود ولان الظهار ليس برفع النكاح حتى
يكون العود لما قاله استبقاء النكاح فيبطل تا ويل العود بالامساك
على النكاح والدليل على بطلان هذا التا ويل ان الله تعالى قال ثم يعودون
لما قالوا ثم للتراخي فلو جعل العود عبارة عن استبقاء النكاح وامساك
المرأة عليه فقد جعله عائدا عقيب القول بلا تراخ وهذا خلاف النص
اما قوله ان النص يقتضي وجوب الكفارة وعندكم لا تجب الكفارة فليس كذلك

بل عندنا تجب الكفارة اذا عزم على الوطي كانه قال اذا عزمت على الوطي
فكفر قبله كما قال تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وقوله
اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم ذلك واختلف ايضا في سبب وجوب
هذه الكفارة قال بعضهم انما تجب بالظهار والعود جميعا لان الله تعالى
علقها بهما بقوله والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا
فتحرير رقبة وقال بعضهم سبب الوجوب هو الظهار والعود شرط
لان الظهار ذنب الا ترى ان الله تعالى جعله منكرا من القول وزورا
والحاجة الى رفع الذنب والزجر عنه في المستقبل ثابتة فتجب الكفارة
رافعة للذنب او زاجرة عنه والدليل عليه انه يضاف الكفارة الى الظهار
لا الى العود يقال كفارة الظهار والاصل ان الاحكام تضاف الى اسبابها
لا الى شرايطها وقال بعضهم سبب الوجوب هو العود والظهار شرط
لان الكفارة عبادة والظهار محظور محض فلا يصلح سببا لوجوب العبادة
وقال بعضهم كل واحد منهما شرط وسبب الوجوب امر ثالث وهو كون
الكفارة طريقا مسقطا لانيا الواجب وكونه قادرا على الانيا لان الانيا
حتما في الوطي واجب وجب عليه في الحكم ان كانت بكرا او ثيبا ولم
يطأها مرة واذا كانت ثيبا وقد وطيها مرة لا يجب فيما بينه وبين الله
تعالى ايضا الانيا حتما وعند بعض اصحابنا يجب في الحكم ايضا حتى
يجبر عليه ولا يمكنه انيا الواجب الا برفع الحرمة ولا ترتفع الحرمة الا بالكفارة
فتلزمه الكفارة ضرورة انيا الواجب على الاصل المعهود وهو ايجاب الشيء
ايجاب له ولما لا يتوصل اليه الا به كان مامورا به فاقامة الصلاة يكون امرا بالطهارة
وهذا ذلك والله اعلم واما شرط وجوبها فالقدرة على اداء ما لا يستحق الا بوجود
الفعل بدون القدرة عليه فلا يجب على غير القادر وكذا العود او الظهار او
كلاهما على حسب اختلاف المشايخ فيه على ما مر واما شرط جوازها فلجواز هذه
الكفارة من الانواع الثلاثة اعني الاعتاق والصيام والاطعام شرايط
نذكرها في كتاب الكفارات ان شاء الله تعالى

فصل ٥٥

كتاب اللعان

الكلام في اللعان يقع في مواضع في بيان صورة اللعان وكيفيته وفي بيان صفة اللعان وفي بيان سبب وجوبه وفي بيان شرائط الوجوب والجواز وفي بيان ما يظهر به سبب الوجوب عند القاضي وفي بيان معنى اللعان وما بنيه شرعا وفي بيان حكم اللعان وفي بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه اذا سقط اولم يجب اصلا مع وجود القذف اما صورة اللعان وكيفيته فالقذف لا يخلوا اما ان يكون بالزنا واما ان يكون بنفي الولد فان كان بالزنا فينبغي للقاضي ان يقيمهما بين يديه متجالسين فيبدأ الزوج اولا ان يقول اربع مرات اشهد بالله انني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في المرة الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم يأمر المرأة ان تقول اربع مرات اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في المرة الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا هكذا ذكر في ظاهر الرواية روي الحسن عن ابي حنيفة انه يحتاج الى لفظ المواجهة فيقول الزوج فيما رميتك به من الزنا وتقول المرأة فيما رميتني به من الزنا وهو قول زفر ووجهه ان خطاب المعاينة فيه احتمال لانه يحتملها ويحتمل غيرها ولا احتمال في خطاب المواجهة نا لاتيان بلفظ لاحتمال قيد اولي والجواب انه لما قال اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وقد اشار اليها فقد زال الاحتمال لتعيينها بالاشارة فكان لفظ المواجهة والمعاينة فيه سواء وان كان بنفي الولد فقد ذكر الكرخي ان الزوج يقول في كل مرة فيما رميتك به من نفي الولد وتقول المرأة فيما رميتني به بأن هذا الولد ليس مني وتقول المرأة اشهد بالله انك لمن الكاذبين من الزنا بان هذا الولد ليس منك وذكر ابن سماعة في نوادره انه اذا لاعن الولد قال القدوري وهذا ليس باختلاف رواية وانما هو اختلاف حال القذف فان كان القذف من الزوج بقوله هذا الولد ليس مني يكتفي في اللعان ان يقول فيما رميتك به من

في

نفي ولدي وذكر الطحاوي ان الزوج يقول في كل مرة فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها وتقول المرأة فيما رميتني به من الزنا في نفي ولدي وروى هشام عن محمد انه قال اذا لاعن الرجل بولد قال في اللعان اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها الولد لانه ما قذفها الا بنفي الولد وان كان القذف بالزنا ونفي ولدها لا بد من ذكر الامرين لانه قذفها بالامرين جميعا وانما يبدأ بالرجل لقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم شهادة احدهم والفاء للتعقيب فيقتضي ان يكون لعان الزوج عقيب القذف فيقع لعان المرأة بعد لعانه وذكر في الاصل انه لما نزلت اية اللعان واراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجري اللعان على ديدنه الزوجين بدأ بلعان الرجل وهو قدوة ولان لعان الزوج وجب حقا لها لان الزوج التحق بها العار بالقذف فبدأ بلعانه ليسقط عنها العار بلعانها تدفع العار عن نفسها ودفع العار عن نفسها وحقها وصاحب الحق اذا طالب من عليه الحق بايفاء حقه لا يجوز له الا ما خير كمن عليه الدين فان اخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم بالرجل فينبغي له ان يعيد اللعان على المرأة لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تتزوج في شهادة الزوج فلا تصح بعد وجود شهادته ولهذا في باب الدعاوي يبدأ بشهادة المدعي عليه بطريق الدفع له كذا هاهنا فان لم تقذف حتى فرق بينهما وقعت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان ليس بشهادة بل هو يمين ويجوز تقديم احد اليمينين على الاخرى كما لو تحالف المتداعيين انه لا يلزم مراعاة الترتيب فيه بل يجوز تقديم احدهما ايهما كان فكان تفريقه في موضع الاجتهاد فتقرر والقيام لم يسقط بشرط كذا روي الحسن عن ابي حنيفة انه قال لا تقوم قائما لا عن او قاعدا لان اللعان اما ان يتضمن فيه معنى الشهادة واما ان يتضمن فيه معنى اليمين او يتضمن فيه المعنيان جميعا والقيام ليس بلازم فيهما الا انه يندب لان رسول الله صلى الله عليه وسلم ندب عاصما

وامرأته اليه فقال يا عاصم قم فاشهد بالله وقال الامرأته قومي فاشهدي
بالله ولان اللعان من جانبه قايم مقام حد القذف ومن جانبها قايم مقام
حد الزنا والستدعي للحدود اقامتها على الاشهاد والاعلان والقيام
اقرب الى ذلك والله الموفق **فصل** واما صفة اللعان فله صفات
منها الذي واجب عندنا وقال الشافعي ليس بواجب انما الواجب على
الزوج لقذفها الحد الا ان له ان يخلص نفسه عندنا بلعانه او باللعان
والواجب على المرأة اذا لاعن الزوج هو حد الزنا ولها ان تخلص نفسها
عنه باللعان حتى ان للمرأة ان تخاصمه الى الحاكم وتطالبه باللعان عندنا
واذا طالبته تجبر عليه ولو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه كما
لو امتنع من قضاء الدين فيحبس حتى يلاعن او يكذب نفسه وعنده
ليس لها ولاية المطالبة باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس لو امتنع
بل يقام عليه الحد وكذا اذا التعن الرجل تجبر المرأة على اللعان ولو امتنعت
تحبس حتى تلاعن او تقر بالزنا عندنا وعنده لا تجبر ولا تحبس بل
يقام عليها الحد احتج الشافعي بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة اوجب الحد على
القاذف من غير فصل بين الزوج وغيره الا ان القاذف اذا كان زوجا
له ان يدفع عن نفسه بالبينة ان كانت له بينة وان لم تكن تدفعه حد
اللعان فكان اللعان تخليصا له عن الحد وقوله تعالى ويدرأ عنها العذاب
ان تشهد اربع شهادات جعل لها عذابا دافعا الحد الزنا عنها اذ الدرء هو
الدفع لغة فدل ان الحد وجب عليها بلعانه ثم يدفعه بلعانها ولان
بلعانه فيظهر صدقه في القذف لان الظاهر انه لا عن الا وان يكون
صادقا في قذفه فيجب عليها الحد الا ان لها ان تخلص نفسها
عنه باللعان لانها اذا لاعنت وقع التعارض فلا يظهر صدق الزوج
في القذف فلا يقام عليها الحد ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم
ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله اي

اي فليشهد احدهم اربع شهادات بالله جعل موجب قذف الزوجات
اللعان فمن اوجب الحد فقد خالف النص ولان الحد انما يجب لظهور
كذبه في القذف ولا امتناع من اللعان لا يظهر كذبه اذ ليس كل من امتنع
من الشهادة او اليمين يظهر كذبه فثبت بهذا ان حكم الله امتنع عنه صون النفس
عن اللعن والغضب والحدود لا تجب مع الشبهة فكيف تجب مع الاحتمال
ولان الامتناع من اليمين بدل او اباحة والابدال والاباحة لا تجري في الحدود
فان من اباع للحاكم ان يقيم عليه الحد لا يجوز له ان يقيم واما اية القذف
فقد قيل ان موجب القذف في الابتداء كان هو الحد في الاجنبيات والزوجات
جميعا ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان باية اللعان
والدليل عليه ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه قال
كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة فجاء رجل من الانصار فقال يا رسول
الله ارايتم الرجل يجد مع امرأته رجلا ان قتله قتلتموه وان تكلم
به جلدتموه وان اسكت اسكت على غيظ ثم جعل يقول اللهم افتح فنزلت
اية اللعان دل قوله وان تكلم به جلدتموه على ان موجب قذف الزوجة كان
الحد قبل نزول اية اللعان ثم نسخ في الزوجات باية اللعان فيفسخ
الخاص المتاخر العام ما وراء قدر الخاص سواء كان الخاص لاحقا او سابقا
وسواء علم التاريخ وبينهما زمان يصلح للنسخ ام لا يصلح له او جهل
التاريخ بينهما فلم تكن الزوجات داخلة تحت اية القذف على قوله فكيف
يصح احتجاجه بها واما قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب فلا حجة له فيه
لان دفع العذاب يتنصف بوجود العذاب لا وجوده لانه حينئذ يكون
تحصيلا رفعا لا دفعا على انه يحتمل ان يكون المراد من العذاب هو الحبس
يسمى عذابا قال الله تعالى في قصة الهدهد لاعذبنه عذابا شديدا
قيل في التفسير لاحبسنه وهذا لان العذاب ينبيء عن معنى المنع يقال
اعذب اي امنع واعذب اي امتنع يستعمل لازما ومتعديا وهو معنى المنع
يوجد في الحبس وهذا مذهبنا انها اذا امتنعت من اللعان تحبس حتى

تلاعنا او تقررا بالزنا فيدراعنهما العذاب وهو الحبس باللعان فقلنا بوجب
الاية ومنهما انه لا يحتمل العفو والابراء والصلح لانه في جانب الزوج قايم
مقام حد القذف وفي جانبهما قايم مقام حد الزنا وكل واحد منهما لا يحتمل
العفو والابراء والصلح ولان تطالبه باللعان بعد ذلك كما في قذف الاجنبي
ومنها انها لا تجري فيه النيابة حتى وكلا احد الزوجين باللعان لا
يصح التوكيل لما ذكرنا انه بمنزلة الحد فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود
ولانه شهادة او يمين وكل واحد منهما لا يحتمل النيابة واما التوكيل
بالبينة فجايز عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز وتذكر
المسئلة في كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى **فصل** واما سبب وجوب
اللعان فسبب وجوبه القذف بالزنا وانه نوعان احدهما بغير نفي الولد
اما الذي بغير نفي الولد فهو ان يقول لامرأته يا زانية او زنيت او رأيتك
تزنين ولو قال لها جومعت جماعا حراما او وطيت وطيا حراما
فلا لعان ولا لاحد لعدم القذف بالزنا ولو قذفها بعمل قوم لوط فلا لعان
ولا حد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجب اللعان بناء على ان هذا
الفعل ليس بزنا عنده فلم يوجد القذف بالزنا وعندهما هو زنا و
المسئلة تاتي في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ولو كان له اربع نسوة
فقذفهن جميعا بالزنا في كلام واحد وقذف كل واحدة بالزنا في كلام
حدة فان كان الزوج وهن من اهل اللعان لاغير ولو قال لامرأته يا زانية بنت
الزانية وجب عليه الحد واللعان لانه قذف زوجة وقذف امها
وقذف الزوجة يوجب اللعان وقذف الاجنبية يوجب الحد ثم انهما اذا
اجتمعا على مطالبته الحد بدئ بالحد لاجل الام لان في البداية به اسقاط
اللعان لانه يصير محدودا في القذف فلم يبق من اهل الشهادة واللعان شهادة
والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي البداية باحدهما اسقاط الاخر بدئ بما فيه
اسقاط الاخر لقوله صلى الله عليه وسلم ادرءوا الحدود ما استطعتم وقد استطعنا
درء الحد بهذا الطريق وان لم تطالبه الام وطالبته المرأة بالاعن بينهما وقام

حد القذف للام بعد ذلك ان طالبته به كذا ذكر في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي
انه لا يقام الحد بعد اللعان لصيرورته محدودا في القذف ولم يوجد
هاهنا وكذلك لو كانت امها مبنية فقال لها يا زانية بنت الزانية كان لها
المطالبة والخصومة في القذفين لوجوب اللعان في المسئلة الاولى هو خروج
الزوج من اهلية اللعان لصيرورته محدودا في القذف ولم يوجد هاهنا
وكذلك لو كانت امها مبنية فقال لها يا زانية بنت الزانية كان لها المطالبة
والخصومة في القذفين لوجوب اللعان والحد ثم ان خاصمته في القذفين
جميعا يبدأ بالحد فيحد للام حد القذف لما فيه من اسقاط اللعان وان لم
تخاصم في قذفها ولكنها خاصمت في قذف نفسها يلاعن بينهما
ويحد للام لما ذكرنا وكذلك الرجل اذا قذف اجنبية بالزنا ثم تزوجها
وقذفها بالزنا بعد التزوج وجب عليه الحد واللعان لوجود سبب وجوب
كل واحد منهما ثم ان خاصمته في القذفين جميعا يبدأ بحد القذف حتى
يسقط اللعان ولو لم يخاصم في حد القذف وخاصمته في اللعان يلاعن
بينهما ثم اذا خاصمت في الحد بحد لما قلنا والله اعلم واما الذي ينفي الولد
بغير ان يقول لامرأته هذا الولد من الزنا او يقول هذا الولد ليس مني
فان قيل قوله هذا الولد ليس مني لا يكون قذفا لهما بالزنا لجواز ان لا
يكون ابنا بل يكون ابن غيره ولا تكون هي زانية بان كانت وطئت بشبهة
قلنا الجواب لهم هذا الاحتمال ثابت لكنه ساقط الاعتبار بالاجماع لان الامة
اجمعت على انتفاء نفيه عن الاب المشهور بان قال له لست لابيك يكون
قاذفا لامه حتى يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال ولو جاءت
زوجته بولد فقال لم اتلد به لم يجب اللعان لعدم القذف لانه انكر
الولادة وانكار الولادة لا يكون قذفا فان اقر بالولادة او شهدت القابلة
على الولادة ثم قال بعد ذلك ليس هذا ابني وجب اللعان وان جاءت به لاكثر
من ستة اشهر لم يجب وجه قولهما انا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر اسحقت
الوصية واذا تيقنا بوجوده وقت النفي كان محتملا للنفي اذ الحمل يتعلق به

الاحكام فان للجارية تزويجه على بائعها ويجب للممتدة النفقة لاجل حملها
فاذا انفاه بلاعن فاما اذا اجاءت به لاكثر من ستة اشهر فلم يلتعن بوجوده
عند القذف لاحتمال انه حمل حادث ولهذا لا يستحق الوصية ولابي حنيفة
ان القذف بالحمل لو صح اما ان يصح باعتبار الحال او باعتبار الثاني
لا وجه للاول لانه لا يعلم وجوده للحال لجواز انه ريح لا حمل ولا
يسند الى الثاني لانه يصير في معنى التعليق بالشرط كانه قال ان كنت
حاملا فانت زانية والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط بخلاف الرد بالعيب
للحمل لانه يمكن القول بالرد وعلى اعتبار الحال لوجود العيب ظاهرا
واحتمال الريح خلاف الظاهر فلا يورث الا شبهة والرد بالعيب لا يمتنع
بالشبهات بخلاف القذف والنفقة لا يختص وجوبها بالحمل عندنا
فانما تجب لغير الحامل ولا تنقطع بسبب الحمل قبل الولادة بلا خلاف
بين اصحابنا اما عند ابي حنيفة فظاهر لانه لا يلاعن وقطع النسب
من احكام اللعان واما عندهما فلان الاحكام انما تثبت للولد لا للحمل
وانما يستحق اسم الولد بالانفصال ولهذا لا يستحق الميراث والوصية
الا بعد الانفصال وعند الشافعي يلاعن وينقطع النسب للحمل واحتج بما
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن امية وبين امراته
وهي حامل والحق الولد بها ولا حجة له فيه لان هلالا لم ينف حملها بالحمل بل
بصريح الزنا وذكر الحمل وبه نقول ان من قال لامراته زنيت وانت حامل
يلاعن لانه لم يعلق القذف بالشرط ولان النبي صلى الله عليه وسلم علم من
طريق الوحي ان هلالا ولد الا يرى انه قال لو جاءت على صفة كذا فهو لكذا
وان جاءت على صفة كذا فهو لكذا ولا نعلم ذلك الا بالوحي ولا طريق لنا
الى معرفة ذلك فلا ينفي الولد **فصل** واما شرائط وجوب اللعان
وجوازه فانواع بعضها يرجع الى القاذف خاصة وبعضها يرجع الى المقذوف
به وبعضها يرجع الى المقذوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف
اما الذي يرجع الى القاذف خاصة فواحد وهو عدم اقامة البينة لان الله

تعالى

تعالى شرط ذلك في اية اللعان بقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم
يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله الاية
حتى لو اقام اربعة من الشهود على المرأة بالزنا لا يجب اللعان ويقام عليها
حد الزنا لانه قد ظهر زناها بشهادة الشهود ولو شهد اربعة احدهم
الزوج فان لم يكن من الزوج قذف قبل ذلك تقبل شهادتهم ويقام عليها
الحد عندنا وعند الشافعي لا تقبل شهادة الزوج عليها وجه قول الشافعي
ان الزوج متهم في شهادته لاحتمال انه حمله على ذلك غيظا ولا شهادة
للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يدفع للغرم عن نفسه وهو
اللعان ولا شهادة لمن يدفع للغرم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولنا ان شهادته اولى بالقبول من شهادة غيره وهو الاجنبي لانها ابعد
من التهمة لان العادة ان الرجل يسيء على امرأته ما يلحقه به شين فلم
يكن متهما في شهادته فتقبل كشهادة الوالد على ولده وقوله انه يدفع
الغرم عن نفسه بهذه الشهادة ممنوع فانه لم يسبق منه قذف موجب
للعان فانه لم يسبق الشهادة قذف ليدفع اللعان بها فصار كشهادة
الاجنبي فانها تقبل ولا يجلب دافعا للحد عن نفسه كذا هذا فان كان الزوج
قذفها اولا ثم جاء بثلاثة سواه فهم قذفه يحدون وعلى الزوج اللعان
لانه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان فهو بشهادته حصل
دافعا للضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة
فصاروا قذفة فيحدون حد يلاعن الزوج لقذفه زوجته فان جاء
هو وثلاثة شهدوا انها قد زنت فلم يعدلوا فلا حد عليهما لان زناها
لم يثبت بشهادة الفساق ولا حد عليهم لان الفاسق من اهل الشهادة
الا ترى ان الله تعالى امر بالتوقف في بيانه فقد وجد بيان الاربعة شهدوا
فكيف يجب الحد عليهم ولا لعان على الزوج لانه شاهد وليس بقاذف
فان شهد معه ثلاثة غير حد واحد يلاعن الزوج ويحدون حد
القذف لان الهيان لا شهادة لهم قطعا فلم يكن قولهم حجة اصلا فكانوا

قذفة فيحدون حد القذف ولا اعن الزوج لان قذف الزوج موجب اللعان
اذا لم يات بالبينة شهدا ولم يات بهم واما الذي يرجع الي المقذوفة
فشيان احدهما انكارهما وجود الزنا منها حتي لو اقرت بذلك لا يجب اللعان
ويلزمها حد الزنا وهو الجلد ان كانت غير محصنة والرجم ان كانت محصنة
لظهور زناها باقرارها والثاني عفتها عن الزنا فان لم تكن عفيفة
لا يجب اللعان بقذفها كما لا يجب الحد في قذف الاجنبية اذا لم تكن عفيفة
لانها اذا لم تكن عفيفة فقد صدقت بفعلها فصار كما لو صدقت بقولها
ولما تذكره في كتاب الحدود وتذكر تفسير العفة عن الزنا في ان شاء الله
تعالي وعلي هذا قالوا في المراة اذا اوطيت بشبهة ثم قذفها زوجها انه
لا يجب عليه اللعان ولو قذفها اجنبي لا يجب عليه الحد لانها وطيت
وطيا حراما فذهبت عفتها ثم رجع ابو يوسف وقال يجب بقذفها
الحد واللعان لان هذا وطي تعلق به وجوب المهر وثبوت النسب
فكان كالموجود في النكاح فلا يزيل العفة عن الزنا والجواب ان الوطي
حرام لعدم النكاح انما الموجود بشبهة النكاح لانه ينبغي ان يجب الحد
عليهما الا انه سقط للشبهة فلان يسقط الحد واللعان عن القاذف
لمكان الحقيقة اولي واما الذي يرجع اليهما جميعا فهو ان يكونا زوجين
حرين عاقلين بالغين مسلمين صالحين غير محدودين في القذف
اما اعتبار الزوجية فلان الله تعالي خص اللعان بالازواج بقوله والذين
يرمون ازواجهم والله حكم ثبت تعبدا غير معقول المعني فيقتصر علي مورد
التعبد وانما ورد التعبد في الازواج فيقتصر عليهم وعلي هذا قال اصحابنا
ان من تزوج امراة نكاحا فاسدا ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية
اذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وقال الشافعي اذا
كان القذف بنفي الولد لان القذف اذا كان بنفي الولد تقع المحاجة الي قطع
النسب والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح
فليشرع اللعان بقطع النسب والجواب ان قطع النسب يكون بعد

الفراغ من اللعان واللعان لا يعقب وجوبه لعدم شرطه وهو الزوجية
ولو طلق امراته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم قذفها بالزنا لا يجب اللعان لعدم
الزوجية لبطلان ما بالابانة والثلاث ولو طلقها طلاقا رجعيا ثم قذفها
يجب اللعان لان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قذف امراته
بزنا كان قبل الزوجية فعليه اللعان عندنا وعند الشافعي عليه حد
القذف واحتج بآية القذف وهي قوله تعالي والذين يرمون المحصنات
ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ولنا ان الله تعالي قال في آية اللعان
والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم //
اربعة شهادات بالله من غير فصل بينما اذا كان القذف بزنا بعد الزوجية
او قبلها والدليل علي انه قذف زوجته انه اضاف القذف اليها وهي
للحال زوجة الا انه قذفها بزنا متقدم وبهذا لا تخرج من ان تكون //
زوجة في الحال كما اذا قذف اجنبية بزنا متقدم حتي يجب عليه حد
القذف كذا هاهنا واما آية القذف فهي متقدمة علي آية اللعان فيجب
تخريجها علي التناسخ فيفسخ الخاص المتاخر العام المتقدم بقدره
عندنا عامة مشايخنا وعنده يقضي العام الخاص بطريق التخصيص
علي ما مر ولو قذف امراته بعد موتها لا يلاعن عندنا وعند الشافعي
يلاعن علي قبر ما احتج ظاهر قوله تعالي في آية اللعان والذين يرمون
ازواجهم الآية من غير فصل بين حال الحياة والموت ولنا قوله تعالي
والذين يرمون ازواجهم الآية خص اللعان بالازواج وقد زالت الزو
جية
بالموت فلم يوجد قذف الزوجة فلا يجب اللعان وبه تبين ان الميتة
لم تدخل تحت الآية لان الله تعالي اوجب هذه الشهادة لقذف الازواج //
بقوله والذين يرمون ازواجهم وبعد الموت لم تبق زوجة له واما اعتبار
الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والنطق وعدم الحد في القذف فالكلام
في اعتبار هذه الاوصاف شرطا لوجوب اللعان وفرغ الكلام في معني
اللعان وما بينه شرعا وقد اختلف فيه قال اصحابنا رحمهم الله ان اللعان

شهادات موكدة بالايمان مقرونة باللعن والغضب وانه في جانب الزوج
قايم مقام حد القذف وفي جانبها قايم مقام حد الزنا وقال الشافعي
اللعان ايمان بلفظة الشهادة مقرونة بالغضب او اللعن فكل من كان
من اهل الشهادة واليمين كان من اهل اللعان ومن لا فلا عندنا وكل
من كان من اهل اليمين فهو من اهل اللعان عنده سواء كان من اهل
الشهادة او لم يكن ومن لم يكن من الشهادة ولا من اهل اليمين لا يكون
من اللعان بالاجماع احتج الشافعي بقوله تعالى في تفسير اللعان //
بقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فسر اللعان //
بالشهادة بالله والشهادة بالله يمين الا ترى ان من قال اشهد بالله
يكون يمينا الا انه يمين بلفظة الشهادة ولان اللعان لو كان شهادة
لما قرنه بالله تعالى لان الشهادة لا تفتقر الى ذلك وانما اليمين هي
التي تفتقر اليه ولانه لو كان شهادة لكانت شهادة على النصف من
شهادة الرجل كما في سايرالمواضع التي للمراة شهادة فيها فينبغي
ان تشهد المراة عشر مرات فلما لم يكن المال دل انه ليس بشهادة والدليل
على انه يمين ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما فرق بين المتلاعنين
وكانت المراة حبلى فقال لما اذا ولدت ولدا فلانة صفيد حمش الساقين
بد فلما انصرفوا عنه قال النبي صلى الله عليه وسلم ان ولدته احمر قصيرا
الدبس فهو لشبه اباه الذي نفاه وان ولدت اسود ادعج جعد
قطط العين كما كذبت فهو لشبه الذي رميت به فلما وضعت وانت به
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم نظر اليه فاذا هو اسود ادعج جعد قطط
العين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لولا الايمان لكان
لي ولها شان
فقد سمي اللعان ايمانا لا شهادة فدل انه يمين لا شهادة ولانا قوله
تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهدا الا انفسهم فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله والاستدلال بالاية من وجهين احدهما

انه سمي الذين يرمون ازواجهم شهدا لانه استثناهم من الشهدا
بقوله ولم يكن شهدا الا انفسهم المستثنى من جنس المستثنى
منه والثاني انه سمي اللعان شهادة نصا بقوله شهادة احدهم
اربع شهادات بالله والخامسة اي الشهادة الخامسة وقال فيما بينها
ويدرءوا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله والخامسة
انها من الشهادة الخامسة ولانه سماه شهادة بالله تاكيدا للشهادة بالله
لليمين وقوله اشهد يكون شهادة وقوله بالله يكون يمينا وهذا دليل
ان شهادات موكدة بالايمان وهو اولى مما قاله المخالف لانه عمل بالـ
للفظتين في معنيين وفيما قال عمل اللفظتين على معنى واحد فكان
ما قلناه اولى والدليل على ان شهادة ان شرط فيه لفظة الشهادة
وحصره الحاكم واما قوله لو كان شهادة لكان على حد للمراة على النصف
من شهادة الرجل فيقول هو شهادة موكدة باليمين فيراعى فيه
معنى الشهادة ومعنى اليمين وقد راعينا معنى الشهادة فيه باشتراط
لفظة الشهادة فيراعي معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمراة
في العدد عملا بالشبهين جميعا ولا حجة له في الحديث فانه روي في
بعض الروايات لولا ما مضى من الشهادات وهذا حجة علينا حيث
سماه شهادة ثم نقول بموجبه انه يمين لكن هذا لا ينفي ان يكون شهادة
فهو شهادة موكدة باليمين والله الموفق للصواب واذا عرف هذا
الاصل خرج عليه المسايل اما اعتبار العقل والبلوغ فلان الصبي
والمجنون ليسا من اهل الشهادة واليمين فلا يكونان من اهل اللعان
بالاجماع واما الحرية فالمملوك ليس من اهل الشهادة فلا يكون من
اهل اللعان واما الاسلام فالكافر ليس من اهل الشهادة على المسلم
وان كان المسلم من اهل الشهادة على الكافر واذا كانا كافرين فالكافر
وان كان من اهل الشهادة على الكافر فليس من اهل اليمين بالله تعالى
لانه ليس من اهل حكمها وهو الكفارة ولهذا لم يصح ظهار الذمي عندنا

واللعان عندنا شهادة موكدة باليمين فمن لا يكون من اهل الوكا
اليمين لا يكون من اهل اللعان واما العبيد والنطف فلان الاحرار
لا شهادة له ولان لا يتاتى منه لفظة الشهادة ولان القذف منه
لا يكون الا بالاشارة والقذف بالاشارة يكون في معنى القذف
بالكناية وانه لا يوجب باللعان كما لا يوجب الحد لما ذكرنا في كتاب
الحدود ان شاء الله تعالى واما المحدود في القذف لا شهادة له لان
الله تعالى رد شهادته على التابيد ولا يلزم على هذا الاصل قذف
الفاسق والاعمى فانه يوجب اللعان ولا شهادة لهما لان العاصي
له شهادة في الجملة ولهما جميعا اهلية الشهادة الا ترى ان القاضي لو قضى
بشهادتهما جاز قضاؤه ومعلوم ان لا يجوز القضاء بشهادة من
لا شهادة كالصبي والمجنون والمملوك الا انه لا تقبل شهادة الاعمى
في سائر المواضع لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه لا لانه ليس
من اهل الشهادة ثم هذه الشرائط كما هي شرط وجوب اللعان هي شرط
صحة اللعان وجوازه حتى لا يجري اللعان بدونها وعند الشافعي يجري
اللعان بين المملوكين والاحرارين والمحدود في القذف لان هو لا
من اهل اليمين فكانوا من اهل اللعان وكذا بين الكافرين لان يمين
الكافر صحيحة عنده لانه من اهل الاعتاق والكسوة والاطعام ولهذا قال
يجوز ظهار الذمي وعلى هذا الاصل خرج قول ابي حنيفة وابي يوسف
انهما اذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل او مات فالحاكم
الثاني لا يستقبل اللعان بينهما لان اللعان لما كان شهادة فالشهود
اذا شهدوا عند الحاكم فمات الحاكم او عزل قبل القضاء بشهادتهم لم تعد
الحاكم تلك الشهادة وعند محمد لا يستقبل اللعان وقوله لا يخرج على
هذا الاصل ولكن الوجه له ان اللعان قائم مقام الحد واذا التعنا
فكانه اقيم الحد والحد بعد اقامته لا يوثر فيه العزل والموت فكذا
ثم ابتدا الدليل لنافي المسئلة ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

انه قال اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم لا لعان بين المسلم والكا
والعبد والحر والحر والامة والكافر والمسلمة وصورته الكافر اسلمت
امراته فقبل ان يعرض الاسلام على زوجها قذفها بالزنا ولنا اصل اخذ
لتخريج المسائل عليه وهو ان كل قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف اجنبيا
لا يوجب اللعان اذا كان القاذف زوجا لان اللعان يوجب القذف
في حق الزوج كما ان الحد يوجب القذف في الاجنبي وقذف واحد
ممن ذكرنا لا يوجب الحد لو كان اجنبيا فاذا كان زوجا لا يوجب اللعان
وابدا بما يجمع السائغ عموم اية اللعان الا من خص بدليل ولا حجة
له في الاية لان الله تعالى سمى الذين يرمون ازواجهم شهداء في اية
اللعان واستثناهم من الشهداء المذكورين في اية القذف ولم يوجد
ممن ذكرنا في المستثنى منهم فكذا في المستثنى لان الاستثناء استخراج
من تلك الجملة وتحصيل منها واما الذي يرجع الى المقذوف به والمقذوف
فهو نفس القذف فنذكره في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى
فصل واما بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان وهو القذف عند
القاضي فسبب ظهور القذف شيئان احدهما البينة اذا جاءت
المراة فانكر القذف والافضل للمراة ان تترك الخصومة والمطالبة لما
فيها من اشاعة الفاحشة ولكن لها من باب الفضل والكرم وقد
قال الله تعالى ولا تنسوا الفضل بينكم فان لم تترك وخاصمت الى
القاضي يستحسن للقاضي ان يدعوها الى الترك فيقول لها اتركي
واعرضي عن هذا لان هذا من اشاعة الفاحشة وانه مندوب اليه فان تركت
والا رفتم بد لها ان تخاصم قلها ذلك وان تقادم العهد لان ذلك
حقها وحق العبد لا يسقط بالتقادم فان خاصمت وادعت عليه
انه قذفها بالزنا فجحد الزوج لا يقبل منها في اثبات القذف الا شهادة
رجلين عدلين ولا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب
القاضي الى القاضي كما لا يقبل في اثبات القذف على الاجنبي لان اللعان

قام مقام القذف واسباب الحدود ولا تقبل فيها شهادة النساء والشهادة
وفي كتاب القاضي الى القاضي لتمكن زيادة شبهة ليست في غيرها والحدود تدرأ بالشبهات
والثاني الاقرار بالقذف وشرط ظهور القذف بالبينة والاقرار هو الخصومة والدعوى
لما يذكر في كتاب الحدود **فصل** واما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه
وبيان حكمه اذا سقط اولم يجب اصلا فنقول وبالله التوفيق كما يمنع
وجوب اللعان اذا اعترض بعد وجوبه يسقطه كما اذا اجنبي بعد القذف
او جن احدهما او ارتد احدهما او خرسا او خرس احدهما او قذف
احدهما انسانا فحد حد القذف او وطئ المرأة وطيا حراما ولا يجب عليه
الحد وكذا اذا ابانها بعد القذف فلا حد ولا لعان اما عدم وجوب
الحد فلان القذف اوجب اللعان فلا يوجب الحد واما عدم وجوب
اللعان فلزوال الزوجية وقيام الزوجية شرط جريان اللعان لان
الله تعالى خص اللعان بالازواج ولو طلقها طلاقا رجعيا اسقط
اللعان لان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قال يا زانية انت طالق
ثلاثا فلا حد ولا لعان لان قوله يا زانية لو جب اللعان لا الحد لانه قذف
لزوجته ولما قال لها انت طالق ثلاثا فقد ابطل الزوجية واللعان
لا يجري من غير الازواج ولو قال لها انت طالق ثلاثا يا زانية يجب
الحد ولا يجب اللعان لانه قذفها بعد الابانة وهي اجنبية بعد
الابانة وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان ولو اكذب الزوج
نفسه سقط اللعان لتقرر الابانة بعد اذ من المحال ان يشهد بالله
اني لمن الصادقين وهو يعلم انه كاذب ويجب الحد لما تذكر ولو اكذبت
المرأة نفسها في الاكذاب وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان لما بينا
ولا حد لما تذكر ولو لم يتعقد القذف موجبا اللعان اصلا لفوات شرط
من شرائط الوجوب فهل يوجب الحد فشايخنا اصلوا في ذلك اصلا
فقالوا ان كان عدم وجوب اللعان او سقوطه بعد الوجوب لمعنى
من جانبها فلا حد ولا لعان وان كان القذف صحيحا وان كان بمعنى

لمن جانبه

جانبه فان لم يكن القذف صحيحا فكذلك وان كان صحيحا حد على هذا
الاصل خرجوا جلس المسايل فقالوا اذا اكذب نفسه حد لان سقوط
اللعان بمعنى من جانبه وهو اكذابه نفسه والقذف صحيح لانه قذف
عاقل بالغ يتوجب الحد ولو اكذب نفسها في الانكار وصدقت الزوج
في القذف فلا حد ولا لعان وان كانت على صفة الا لتعان والزوج
عبدا وكافرا او محدودا في قذف فعليه الحد لان قذفها قذف صحيح
وانما سقط اللعان لمعنى من جهته وهو انه على صفة لا يصح منه
اللعان ولو كان الزوج صبيا او مجنونا فلا حد ولا لعان وان كانت
المرأة على صفة الا لتعان لان قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح
ولو كان الزوج حرا عاقلا بالغا مسلما غير محدود في قذف وقذف
لا صفة الا لتعان بان كانت كافرة او مملوكة او صبية او مجنونة او
زانية فلا حد ولا لعان لان قذفها ليس بقذف صحيح الا ترى ان اجنبيا
لو قذفها لا حد ولو كانت المرأة حرة مسلمة عاقلة بالغة عفيفة الا انها
محدودة في القذف فلا حد ولا لعان لان القذف وان كان صحيحا لكن
سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو انها ليست من اهل الشهادة
فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته وان كان على كل واحد من
الزوجين حد وذلك القذف فقذفها فعليه الحد لان القذف صحيح
وسقوط اللعان بمعنى في الزوج ولا يقال انه سقط المعنى في
المرأة بدليل ان الزوج لو لم يكن محدودا والمرأة محدودة لا يجب
اللعان لاعتبار جانبها واذا كان السقوط لمعنى من جانبها ولا
كان السقوط فينبغي ان لا يجب اللعان ولا الحد لانا نقول القذف
الصحيح انما يعتبر فيه صفات المرأة اذ لعان الزوج من اهل اللعان
فاما اذا لم يكن من اهل اللعان لا يعتبر وانما يعتبر صفات الزوج
فيعتبر المانع مما فيه لا مما فيها فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج
بعد صحة القذف فيحد والله اعلم **فصل** واما حكم اللعان

والكلام في هذا الفصل في موضعين احدهما في بيان حكم اللعان والثاني
في بيان ما يبطل حكمه اما بيان حكم اللعان فللعان حكمان احدهما اصلي
والآخر ليس باصل اما الحكم الاصلي للعان فذكر اصل الحكم ووصفه اما الأول
فنقول اختلف العلماء فيه قال اصحابنا هو وجوب التفريق ما دام
على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى
يجوز طلاق الزوج وظهاره وايلاؤه وتجري التوارث بينهما قبل
التفريق وقال زفر والشافعي هو وقوع الفرقة بنفس اللعان الا ان
عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا وعند الشافعي تقع الفرقة بلعان
الزوج قبل تلتعن المرأة وجه قول الشافعي ان الفرقة امر يختص بها
الزوج الا ترى انه هو المختص بسبب الفرقة فالقذف وقوعها على فعل
المرأة كالطلاق واحتج بما روي وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وفي بقاء النكاح اجتماعهما وهذا خلاف
النص ولنا ما روي نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رجلا لاعن امرأته
في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق النبي صلى
الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمرأة وعن ابن عباس رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عاصم بن عدي وبين امرأته فرق
بينهما ثم قال الله يعلم ان احدكما كاذب فهل منكما تائب قالا ذلك ثلاثا
فابيا ففرق بينهما فدلت الاحاديث على ان الفرقة لا تقع بلعان الزوج
ولا بلعانهما اذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ولان ملك النكاح كان
ثابتا قبل اللعان والاصل ان الملك متى ثبت لانسان لا يزول الا بما لا زالة
او بتعذر وجد من ان يكون متخايدا في حقه لعجز عن الاستيفاء ولم توجد
الا زالة من الزوج لان اللعان لا ينبئ عن زوال الملك لان شهادة مؤكدة
باليمين او يمين وكل واحد منهما لا ينبئ عن زوال الملك ولهذا لا يزول
بسائر الشهادات والايمان والعذر على الاستيفاء ثابت فلا تقع الفرقة

بنفس اللعان وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي ثم قول الشافعي
مخالف لاية اللعان لان الله تعالى خاطب الازواج باللعان بقوله
والذين يرمون ازواجهم الى اخر ما ذكرنا فلو تبينت الفرقة بلعان
الزوج فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة وهذا خلاف النص واما
قوله فلا فائدة لها في اللعان لانه متى لاعن سقط عنه حد القذف
فلا يتصور التفاعل المتشاغل بالفعل بعد الفراغ منه لا يبقى حالا حقيقة فلا
يبقى حال ملاعنا حقيقة فلا يصح التمسك به لاثبات الفرقة
بعقب اللعان فلا تثبت الفرقة بعقبه واما الثابت بعقبه وجوب
التفريق فان فرق الزوج بنفسه فلا يجب القاضي متابعته في التفريق
فاذا فرغ بعد تمام اللعان وقعت الفرقة فان اخطأ القاضي فوقف
قبل تمام اللعان ينظر ان كان كل واحد منهما قد لعن اكثر اللعان او
كان احدهما لم يلعن اكثر اللعان نفذ التفريق وان لم يلتعنا اكثر اللعان
لم ينفذ وانما كان كذلك لان تفريق القاضي اذا وقع بعد اكثر اللعان فقد
قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاؤه كما في
سائر المجتهدات والدليل على ان للقاضي هذا في محل الاجتهاد وجود
ثلاثة احدها انه عرف ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام
فاقتضى اجتهاده ان الاكثر في اللعان والثاني انه اجتهد ان التكرار
في اللعان للتاكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد في الاكثر والثالث انه
زعم لما ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج اذا قذف المجنونة او
الميتة فلان يسوغ في الاجتهاد بعد اكمال الزوج واثنان للمرأة اكثر
اللعان اولى فيثبت ان قضاء القاضي صادف محل الاجتهاد فينفذ
فان قيل شرط جواز الاجتهاد ان لا يخالف النص وهذا قد خالف النص
من الكتاب والسنة لان كتاب الله تعالى ورد باللعان بعدد مخصوص
وكذا النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين الزوجين على ذلك العدد واذا كان
ذلك العدد منصوصا عليه بل كان مسكوتا عنه لكان محل الاجتهاد وفائدة

للمنصوص التنصيص على العدد المذكور التنبيه على الكل والاولى وهذا
هو الجواز واما الثاني فقد اختلف العلماء فيه ايضا قال ابو حنيفة ومحمد
الفرقة الواقعة بالملاعنة فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح
وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج ما داما على حالة الملاعنة فان اكذب
الزوج نفسه فجلد الحد او اكذبت المرأة نفسها جاز التناكح بينهما
ويجتمعان وقال ابو يوسف وزفر والحسن بن زياد هي فرقة بغير
طلاق وانها لا توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا
بقول النبي صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وهذا نص
في الباب وكذا روي عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعلي وعبد الله بن
مسعود وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا المتلاعنان لا يجتمعان ابدا
ولابي حنيفة ومحمد ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
للاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته فقال عويمر كذبت عليها ان
امسكتها هي طالق ثلاثا وفي بعض الروايات كذبت عليها ان لم
افارقها فهي طالق ثلاثا فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة
المتلاعنين لان عويمرا طلق امرأته ثلاثا بعد اللعان عند رسول
الله صلى الله عليه وسلم فانفذها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيجب على كل ملاعن ان يطلق فاذا لم يتم بوجب القاضي مثابة
في التفريق فيكون طلاقا كما في العنين ولان سبب هذه الفرقة
قذف الزوج لانه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق
والتفريق يوجب الفرقة فكانت الفرقة بهذه الوسائط
مضافة الى القذف وكل فرقة تكون من الزوج او يكون فعل
الزوج سببها يكون طلاقا كما في العنين والخلع والايلاء
ونحو ذلك وما هو قول السلف ان كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي
طلاق من نحو ابراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم
رحمهم الله واما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته لما ذكرنا ان

حقيقة

حقيقة التفاعل هو المشاغل بالفعل وكما فرغ من اللعان ما بقيا
متلاعنين حقيقة فانصرف المراد الى الحكم وهو ان يكون حكم اللعان
بينهما ثابتا فاذا اكذب الزوج نفسه وحد الحد سقط حكم اللعان
فلم يبق متلاعنا حقيقة وحكما فجاز اجتماعهما وتظهيره قوله تعالى
في قصة اصحاب الكهف انهم ان يظهروا عليكم يرجموكم او يعيدوكم
في ملتهم ولن تفلحوا اذا ابدا اي ما داموا في ملتهم الا ترى انهم
اذا لا يفعلوا افلحوا كذا هذا واما الحكم ليس باصل للعان بدليل
قطع النسب في احد نوعي القذف وهو القذف بالولد لما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال بن امية وبين
زوجته وفرق بينهما نفى ولد امرأة هلال عنه والحقه بها فصار
النفي احد حكمي اللعان ولان القذف اذا كان بالولد تعرض الزوج
ان ينفي ولدا ليس منه في زعمه فوجب النفي تحقيقا لعرضه واذا كان
وجوب النفي احد حكمي اللعان فلا يجب قبل وجوده وعلى هذا
قلنا ان القذف اذا لم ينعقد موجبا للعان او سقط بعد الوجوب
ووجب الحد اولم يجب اولم يسقط لكنهما لم يتلاعنا بعد لا يقطع
نسب الولد ولذا اذا انفى نسب ولد حتى فصد فتة لا يقطع نسب
لتعذر اللعان مع تصديقها اياه في القذف لان ذلك ينفي اللعان
لما فيه من التناقض حيث يشهد بالله انه لمن الكاذبين وقد
قالت انه صادق واذا تعذر اللعان لتعذر قطع النسب لا به
حكمه ويكون ابنهما لا بصدقاف على نفيه لان النسب قد
ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع لا بالملاعنة ولم
يوجد ولا لتعذر تصادقهما على النفي لان النسب يثبت حقا للولد
فلا تصادقهما على النفي ابطال حق الولد وهذا لا يجوز على هذا يخرج
ما اذا كان علوق الولد في حال الملاعنة بينهما ثم صار بحيث يقع
بينهما اللعان حتى ما اذا علقت وهي امة او كتابية ثم اعتقت

الامه او اسلمت الكتابية فولدت فنفاه انه لا ينقطع نسبه لانه لا يلاعن
بينهما لعدم اهلية اللعان وقت العلوق وقطع النسب حكم اللعان ولو
وجوب قطع النسب شرايط منها التفريق لان النكاح قبل التفريق
قايم فلا يجب النفي ومنها ان يكون القذف بالنفي بحضرة الولادة
او بعدها بيوم او يومين او نحو ذلك من هذه يأخذ فيها التهنية
وابتياع الات الولادة عادة فان نفاه بعد ذلك لا ينفي ولم يوقت
ابو حنيفة لذلك وقتا وروي عن حنيفة انه وقت لذلك سبعة
ايام وابو يوسف ومحمد وقتا بالنفاس وهو اربعون يوما واعتبر
الشافعي النور فقال ان نفاه على النور انتفى والا لزمه وجه قوله
ان ترك النفي على النور اقرار منه دلالة فصار كالاقرار نصا وجه
قولهما ان النفاس اثر الولادة فيصح نفي الولد ما بقي اثر الولادة
ولابي حنيفة ان هذا امر يحتاج الى التامل فلا بد له من زمان التامل
وانه يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال فتتعذر التوقيت فيه
فتعلم فيه العادة من قبول التهنية وابتياع الات الولادة او مضي
مدة يفعل فيها ذلك عادة فلا يصح نفيه بعد ذلك وهذا ابطل
اعتبار النور لان معنى التامل والتروي لا يحصل بالنور وعلى هذا
قالوا في الغايب اذا ولدت امراته ولم يعلم بالولادة حتى قدم او
بلغه الخبر وهو غايب ان له ان ينفي عند ابي حنيفة في مقدار تهنية
الولد وابتياع الات الولادة وعندهما في مقدار مدة النفاس وان
قدم بعد الفصال بعد القدوم وبلوغ الخبر لان النسب لا يلزم الا بعد
العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين
وحكيا جميعا وروي عن ابي يوسف انه قال ان قدم قبل الفصال
فله ان ينفيه في مقدار مدة النفاس وان قدم بعد الفصال فليس له
ان ينفيه ولم يرو هذا التفصيل عن محمد كذا ذكره القدوري ووجهه
ان الولد قبل الفصال لم ينفصل عن غذاية الاول فصار كمدة النفاس

وبعد الفصال انفصل عن ذلك الوجه وخرج عن حال الصغر فلو احتمل
النفي بعد ذلك لاحتمل بعد ما صار شيخا وذلك قبيح وذكر القاضي
في شرحه مختصر الطحاوي ان المدة بعد الخبر في مدة النفاس فله ان ينفي
الى تمام سنتين لانه لما مضى وقت النفاس بعد الوضع وهو سنتان ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر في
غير رواية الاصول عن ابي يوسف انه لا ينقطع النسب وبلاعن وعن
محمد انه قال ينبغي اذا نفاه بعد بلوغ الخبر الى اربعين يوما ومنها ان
لا يسبق النفي من الزوج ما يكون اقرارا منه بنسب الولد لانهما
ولادلالة فان سبق لا ينقطع النسب من الاب لان النسب بعد الاقرار به
لا يحتمل النفي بوجه لانه لما اقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد
فلا يملك الرجوع عنه بالنفي فالنص نحو ان يقول هذا ولدي او هذا
الولد مني والدلالة هي ان يسكت اذا هني ولا يرد على المهنئ لان العاقل
لا يسكت عن التهنية بولد ليس منه عادة فكان السكوت والحالة
هذه اعترافا بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف وروى ابن
رستم عن محمد رحمه الله اذا هني بولد الامة فسكت لم يكن اعترافا
وان سكت عن ولد الزوجة كان اعترافا ووجه الفرق ان نسب ولد
الزوجة قد ثبت بالفراش الا انه عرضه النفي من الزوج فاذا سكت عند
التهنية دل على انه لا ينفيه فبطلت العرضية فتقرر النسب واما ولد
الامة فلا يثبت نسبه الا بالدعوة ولم يوجد فان جاءت بولدين في
بطن فاقر باحدهما ونفى الاخر فان اقر بالاول ونفى الثاني لزمه
ولزمه الولدان جميعا اما لزوم الولد الذي اقراره بالاول
اقرار بالثاني لان الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب
الحمل دون بعض كالولد الواحد لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون
بعض فاذا ثبت فقد رجع مما اقر به والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع
عنه فلم يصح نفيه فيثبت نسبهما جميعا ويلاعن لان من اقر نسب

ولد ثم نفاه يلاعن وان كان لا يقطع نسبه لان قطع النسب ليس من لوازم
اللعان بل ينفصل عنه في الجملة الا ترى انه شرع في القذف وقد يتعقبه ولد
وانما وجب اللعان لانه لما اقر بالاول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى
الثاني فقد وصفها بالزنا ومن قال لامرأته انت عفيفة ثم قال لها انت
زانية يلاعن وان نفى الاول واقر بالثاني حد ولا لعان ويلزمه جميعا
اما ثبوت النسب الولدين فلان نفي الولد وان تضمن نفي الثاني فالا
قرار بالثاني تضمن الاقرار بالاول فيصير مكذبا نفسه ومن وجب
عليه اللعان اذا كذب نفسه حد واذا حد لا يلاعن لانهما لا يجتمعان
ولانه لما نفى الاول فقد قذفها بالزنا فلما اقر بالثاني فقد وصفها بما
لعفة ومن قال لامرأته انت زانية ثم قال لها انت عفيفة يحد حد القذف
ولا يلاعن ومنها ان يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت النفي
فان لم يكن لا يقطع نسبه من الاب حتى لو جاءت بولد فمات ثم نفاه
الزوج يلاعن ويلزمه الولد لان النسب يتقرر بالموت ولا يحتمل الانقطاع
ولكنه يلاعن لوجود القذف وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان
وكذلك لو جاءت بولدين احدهما ميت فنفاهما يلاعن ويلزمه الولدان
لما قلنا وكذلك لو جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان يلاعن
الزوج ويلزمه الولد لما قلنا وكذلك لو جاءت بولدين ثم مات قبل اللعان
او قتل يلاعن ويلزمه الولد لان النسب بعد الموت لا يحتمل القطع ويلاعن لما
قلنا وكذلك لو نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان او قتل لزمه الولدان لان
نسب الميت منهما لا يحتمل القطع ويلاعن كما قلنا لا يحتمل القطع بالموت
بالموت فكذا بنسب الحي لانه تقوام واما اللعان فقد ذكره الكرخي انه يلاعن
ولم يذكر الخلاف وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر ابن
سماعة الخلاف في المسئلة فقال عند ابي يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا
يبطل وجه قول محمد ان اللعان قد وجب بالنفي فلو بطل انما يبطل لامتناع
قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء النكاح للعان لان قطع النسب ليس

من

من لوازم اللعان ولابي يوسف ان المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف
اعني القذف بنفي الولد هو نفي الولد فاذا تعذر تحقيق هذا المقصود
لم يكن في بقاء اللعان فائدة فلا يبقى ولو ولدت ولدا نفاه ولاعن الحاكم
بينهما وفرق وألزم الولد امه اولادهما بنفس التفريق ثم ولدت ولدا آخر
من الزنا حد لانه لزمه الولد ان جميعا واللعان ماض لانه قد ثبت نسب الولد
الثاني اذ لا يمكنه قطعه لما وجد من اللعان لان حكم اللعان قد بطل
بالفرقة فبقيت نسب الولد الثاني وان قال الزوج هما ابناي لا حد
عليه لانه صادق في اقراره بنسب الولد لكونهما ثابتي النسب منه
شرعا فان قيل اليس انه اكذب نفسه بقوله هما ابناي لانه سبق منه
نفي الولد ومن نفى الولد فلاعن ثم اكذب نفسه يقام عليه الحد كما اذا جاءت
بولد واحد فقال هذا الولد ليس مني فلاعن الحاكم بينهما ثم قال هو
ابني فالجواب ان قوله هما ابناي يحتمل الاكذاب ويحتمل الاخبار عن
حكم لزمه شرعا وهو ثبوت نسب الولدين فلا يحمل الكذاب مع الاحتمال
فترجحه على الاخبار اولى لانه لو حمل الكذاب لزمه الحد ولو حمل اخبارا لم
قلناه لا يلزمه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات
وقال ادرؤا الحدود ما استطعتم حتى لو كذب في اللعان وفيما قذفها به
من الزنا حد لانه نص على الكذاب فزال الاحتمال وقد قال مشايخنا
ان الاقرار بالولد بعد النفي انما يكون كذابا اذا كان المقر حال لو اقر به
للموعن بدا كان من اهل اللعان وها هنا لم يوجد لانه لو لم يقر فيما لم
يلاعن بخلاف الفصل الاول فانه لو لم يقر به للموعن بدو على هذا قالوا لو
ولدت امرأته ولدا فقال هو ابني ثم ولدت اخر نفاه ثم اقر به لا حد عليه
لانه لم يصر ملزما نسبه بهذا الاقرار الا ترى انه لو لم يقر به لا يلاعن
بنفي الولد لثبوت نسب الولد ولو قال ليسا بابني كانا ابنيه ولا حد
عليه لانه اعاد القذف الاول وكرره لتقدم القذف منه واللعان والملاعن
اذا كرر القذف لا يجب عليه الحد ولو حلف امرأته طلاقا رجعيا فجاءت بولد

لاقل من سنتين يوم فنقاء ثم جاءت بولد بعد سنتين بيوم فانه يرثه وقد
بانت ولا لعان ولا حد في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هذه رجعة
وعلى الزوج الحد فيذكر اصلهما واصله ويخرج المسئلة عليه فمن اصلهما
ان الولد الثاني يتبع الولد الاول لاعتاجات به في مدة يثبت نسبه وكذا
هو سابق في الولادة فكان الثاني تابعا له فجعل كانهما جاءت بهما لاقل
من سنتين فلا تثبت الرجعة فتبين بالولد الثاني فتصير اجنبية
فيعذر اللعان ومن اصله ان الولد الاول يتبع الثاني لان الثاني حصل
من وطي حادث بعد الطلاق بيقين اذ الولد لا يبقى في البطن اكثر من
سنتين والاول يحتمل انه من وطي حادث ايضا وابدا نرد المحتمل الى
المحكم فجعل الاولى تابعا للثاني فصار كانهما ولدتهما بعد سنتين و
المطلقة طلاقا رجعيا اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يثبت الرجعة
لانه يكون من وطي حادث بعد الطلاق بيقين فتصير مراجعا لهما
بالوطي فاذا قرن الثاني بعد نفي الاول فقد اكذب نفسه فيحد وان
كان الطلاق بائنا والمسئلة بحالها بحد ويثبت نسب الولدين عندهما
وعند محمد لا حد ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين لان من اصلهما ان
الولد الثاني تبع للاول فيجعل كانها جاءت بهما لاقل من سنتين فيثبت
نسبهما ولا يجب اللعان لزوال الزوجية ويجب الحد لاكذابة نفسه
ومن اصله ان الاول تبع للثاني ويجعل كانها ولدتهما لاكثر من سنتين
والمراة منكوحة والمنكوحة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين لا يثبت نسب
الولد ولا حد قاذف بها بالولد فقد حكم بكذبه لان معناه علانية الزنا وهو
ولد غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها ومنها ان لا
يكون نسب الولد محكوما بثبوته شرعا كذا ذكره الكرخي فان كان
لا يتطع نسبه فصورته ما روي عن ابي يوسف انه قال في رجل
جاءت امراته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها اجنبي بالولد الذي
جاءت به فضرب القاضي الاجنبي الحد فان نسب الولد يثبت من

الزوج فيسقط اللعان لان القاضي لما حد قاذف امها الولد فقد حكم
بكذبه والحكم بكذبه حكم بثبوت نسب الولد والنسب المحكوم بثبوته
لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر به وانما سقط اللعان لان الحاكم
لما حد قاذفها فقد حكم باحصانها في عين ما قذفت به ثم اذا قطع النسب
من الاب والحق الولد بالام يبقى السبب في حق سائر الاحكام من الشهادة
والزكوة والقصاص وغيرها حتى لا يجوز شهادة احدهما للاخر و
صرف الزكوة اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله ويحد لكذ من
الاحكام لان النفي باللعان ثبت شرعا بخلاف الاصل بناء على زعمه
وظنه مع كونه مولودا على فراشه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
الولد للفراش فلا يظهر في حق سائر الاحكام واما بيان ما يبطل به
حكم اللعان فكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل حكمه بعد
وجوده قبل التفريق وهو ما ذكرنا من جنون احدهما بعد اللعان
قبل التفريق او جنون احدهما او خرسهما او خرس احدهما او
ردتهما او ردة احدهما او صيرورة احدهما محدودا في قذف او صيرورة
المراة موطوءة وطيا حراما او اكذاب احدهما نفسه حتى لا يفرق الحاكم
بينهما ويكونان على نكاحهما والاصل ان بقاءهما على حال اللعان شهادة
ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهادة الى ان يتصل القضاء
بشهادته حتى يجب القضاء بها وقد زالت صفة الشهادة بهذه
العوارض فلا يجوز للقاضي التفريق ولو لاعنها بالولد ثم قذفها هو
او غيره لا يجب الحد ولو لاعنها لغير الولد ثم قذفها هو او غيره وجب
عليه الحد والفرق ان اللعان لا يوجب تحقق الزنا منها فلا تزول عفتها
بالقذف الا ان في اللعان بالولد قذفها ومعها علانية الزنا وهو الولد
لغير اب ولم تكن عفيفة فلا اقيام الحد على قاذفها ولم يوجد ذلك في اللعان
لغير ولد بنفيت عفتها فيجب الحد على قاذفها ولو اكذب نفسه بعد
اللعان بولد او لغير ولد ثم قذفها هو او غيره يجب الحد لان اللعان لا حقيقة

الزنا والولد بلا اب مع الاكذاب لا يكون علامة الزنا فكانت عنهما
قائمة فيحد قاذفهما والله اعلم

كتاب الرضاع

قد ذكرنا في كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التابيد انواع ثلاثة
محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع فقد
بينا المحرمات بالقرابة والصهرية في كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع
لبيان المحرمات بالرضاع والكلام في هذا الكتاب في ثلاث مواضع
احدها في بيان المحرمات بالرضاع والثاني في بيان صفة الرضاع
المحرم والثالث في بيان ما يثبت به الرضاع اما الاول فالاصل ان كل
من يحرم بسبب القرابة من السبع الذين ذكرهم الله تعالى
في كتابه نصا او دلالة على ما ذكرنا في كتاب النكاح يحرم بسبب
الرضاعة الا ان المحرمة في جانب المرضعة متفق عليها وفي جانب زوج
المرضعة مختلف فيها اما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو ان
المرضعة تحرم على الرضيع لانها صارت امه بالارضاع فتحرم عليه
لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم معطوفا على قوله حرمت عليكم
امهاتكم وبناتكم سمي المرضعة ام الرضيع وحرمها عليه وكذا ابنائها
يحرمن عليه سواء كن من صاحب اللبن او من غير صاحب اللبن ممن
تقدم منهن ومن تاخر لانهن اخوانه من الرضاعة وقد قال الله
تعالى واخواتكم من الرضاعة اثبت الاخوة بين بنات المرضعة وبين
المرضيع والحرمة بينهما مطلقا من غير فصل بين اخت واخت وكذا
بنات بناتها وبنات ابنائها ان سفلن لانها بنات اخ الرضيع واخته من
الرضاعة ومن يحرم من النسب كذا من الرضاعة ولو ارضعت امراة
صغيرين من اولادها الاجانب صارا اخوين لكونهما من اولاد المرضعة
فلا يجوز المناكحة بينهما اذا كان احدهما انثى والاصل في ذلك ان كل اثنين
اجتمعا على ثدي واحد صارا اخوين او اختين او اخا واختا من الرضاعة
فلا يجوز لاحدهما ان يتزوج بالاخر ولا بولده كما في النسب وامهات

المرضعة يحرمن على المرضيع لانهن جدات له من قبل امه من الرضاعة وابا
المرضعة اجداد المرضعة من الرضاعة فيحرمن عليهم كما في النسب واخوات
المرضعة يحرمن على المرضيع لانهن خالاته من الرضاعة واخوتها اخوال
المرضعة فتحرم عليهم كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة واخواتها
فلا يحرمن على المرضيع لانهن بنات اخواله وخالاته من الرضاعة
وانهن لا يحرمن من من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على
ابناء المرضيع وابناء ابنائه وان سفلوا كما في النسب هذا تفسير الحرمة في
جانب المرضعة والاصل في هذه الجملة قول النبي صلى الله عليه وسلم
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه الا ما خص
بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة الذي نزل لها منه لبن
فثبت عند عامة العلماء وعامة الصحابة وروي عن رافع بن
خديج رضي الله عنه انها لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب
وعطاء بن يسار وبشر الريسي ومالك وهي المسئلة المذكورة بلبن
الفحل عنه الفرق انه هل يحرم ام لا والتفسير لبن الفحل ان المرضعة
تحرم على المرضعة لانها بنته من الرضاعة وكذا على ابنائه وابنا
بناته من غير المرضعة الذين من غير المرضعة لانهم اخوتنا لاب من
من الرضاعة وعلى هذا اذا كان لرجل امرتان فحملتا منه وارضعتا كل
واحد منهما صغيرا او صغيرا فقد صارا اخوين لاب من الرضاعة فان
كان احدهما انثى لا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخو هما لابيهما من
الرضاعة وان كانا انثيين لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان
لاب من الرضاعة وتحرم على ابا زوج المرضعة لانهم احدادها من
قبل الاب من الرضاعة وكذا على اخوته واخواته فلا تحرم المناكحة
بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات ويجوز النكاح في النسب فيجوز
في الرضاع هذا تفسير لبن الفحل احتج من قال انه لا يحرم بان الله تعالى
بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله وامهاتكم

لو كانت الحرمة ثابتة في جانبهما لبينهما كما بين في النسب لقوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ولان المحرم هو الارضاع وان وجد منهما لانه فصار بمنزلة الاكل والدليل عليه انه لو نزل للزوج لبن فارتضعته صغيرة لم تحرم عليه فاذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف بلبن غيره ولنا الحديث المشهور وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان عائشة رضي الله عنها قالت جاء عمي من الرضاعة فاستاذن علي فابيت ان اذن له حتى اسال رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالته فقال ائذني له فقلت يا رسول الله انما ارضعتني المراة ولم يرضعني الرجل فقال عليه السلام ائذني له فانه عمك فليلج عليك فقالت عائشة رضي الله عنها وذلك بعد ان امرنا بالحجاب اي بعد ما امر الله النساء بالاحتجاب عن الاجانب وقيل كان الداخل عليها ابا لجعد اخا ابي القعيس وكانت امراة ابي القعيس ارضعتهما وعن عمرة ان عائشة رضي الله عنها اخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستاذن في بيت حفصة فقالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستاذن في بيتك فقال اراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة فقلت يا رسول الله لو كان فلان حيا عمي من الرضاعة اكان يدخل علي قال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وعن علي رضي الله عنه انه قال لا تنكح من ارضعته امراة ابيك ولا امراة اخيك ولا امراة ابنك وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل عن رجل له امراتان او امراة وجارية فان ارضعت هذا غلاما وهذه جارية هل يصلح للغلام ان يتزوج الجارية فقال لا اللقاح واحد بين الحكم واشار الى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولان المحرم هو اللبن وسبب اللبن ما الرجل وما المراة فيجب ان يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا كما كان الولد وانما قولهم ان الله تعالى بين الحرمة في جانب الرضعة لا في جانب زوجها فنقول ان لم

بينهما

يبينهما نصا فقد بينهما دلالة وهذا ان البيان من الله تعالى يظهر بيان احاطة وبيان كفاية فبين في النسب بيان احاطة وبين الرضاع في بيان كفاية تسليطا للمجتهد بين على الاجتهاد والاستدلال بالمنصوص عليه على غيره وهو ان الحرمة في جانب المرضعة لما كان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ما وهما جميعا فكان الرضاع منهما جميعا وهذا لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل الجزئية والبعضية لانه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ما وهما وبارتضاع اللبن يثبت الجزئية بواسطة بيان اللحم فيقام سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية في باب المحرمات احتياطا والسبب يقام مقام المسبب خصوصا في باب المحرمات الا ترى ان المراة تحرم على جد ها كما تحرم على ابيها وان لم يكن جد ها كابيها في الكتاب لكن لما كان بينهما بينات كفاية وهو ان البنت وان وجدت من ما الاب حقيقة دون ما الجد لكن الجد سبب ما الاب اقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمة احتياطا كذا ها هنا والدليل عليه انه لو لم يذكر البنات من الرضاعة نصا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات منه نصا وانما ذكر الاخوات ذكر البنات الاخوة والاخوات دلالة حتى حرمن بالاجماع كذا ها هنا على انه لم يبين بوحي يتلو فقد بين بوحي غير متلو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد خرج الجواب عن قوله ان الارضاع وجد منهما لما ذكرنا انه وجد منهما لان سبب حصول اللبن ما وهما جميعا فكان الارضاع منهما جميعا واما الزوج اذا نزل له لبن فارتضعت به صغيرة فذاك لا يسمى رضاعا عرفا وعادة ومعنى الرضاع لا يحصل به وهو التقاء الصغيرة بثدي الحد لانه يتغذى من جوع فصار لبن الشاة والله الموفق ثم انما تثبت الحرمة في جانب الزوج اذا كان لها زوج فاما اذا لم يكن لها زوج بان ولدت من الزنا فنزل لها لبن فارتضعت

به صبيا فالرضاع يكون منهما لان الزاني لان نسبه يثبت منهما لان
الزاني والاصل ان كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن
لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع وكذا البكر اذا نزل لها لبن
وهي لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق وكذ
كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفروع الاربع الذين وصفنا هم
في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل ام زوجته وبنتها
من زوج اخر من الرضاع كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد على
البنت اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام كما في النسب
وكذا جدات زوجته من ابيها وامها وان علون وبنات بناتها وبنات
اولادها وان سفلن من الرضاع كما في النسب وكذا يحرم حليلة ابن
الرضاع وابو ابن الرضاع وان سفل على اب الرضاع واب ابيه وان علا
كما في النسب ويحرم منكوحة اب الرضاع واب ابيه وان علا وابن الرضاع
وابن ابنه وان سفل وكذا يحرم بالوطي ام الموطوءة وبنتها من الرضاع
على الواطي وكذا جداتها وبناتها بناتها كما في النسب ويحرم الموطوءة
على اب الواطي وابنه من الرضاع وكذا على اجداده وان علوا وعلى ابنا
ابنائه وان سفلوا كما في النسب سواء كان الوطء حلالا او بان كان ملك
اليمين او كان الوطي بنكاح فاسد او بشبهة نكاح او كان زنا عندنا
وعند الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المطاهرة فالموجب حرمة
الرضاع والمسلة قد مرت في كتاب النكاح ثم قول النبي صلى الله
عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مجري على
عمومه الا في مسئلتين احدهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج
باخت ابنه من النسب لامه وهو ان يكون لابنه من الرضاع اخت
من النسب لم ترضعهما امرأته لان المانع في النسب ام البنت موطوءة
المتزوج لان امها اذا كانت موطوءته كانت هي بنت الموطوءة وانها
حرام وهذا لم يوجد في الرضاع ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز في النسب

والثانية

والثانية انه لا يجوز للرجل ان يتزوج ام اخته من النسب لابيه وهو
ان يكون له اخت من ابيه من النسب لا من امه لا يجوز له ان يتزوج ام
هذه الاخت ويجوز له ان يتزوج ام اخته من الرضاع وهو ان يكون له
اخت من الرضاعة فيتزوج امها من النسب لان المانع في النسب كون المتزوجة
موطوءة ابيه وهذا لم يوجد في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب
ويجوز للرجل ان يتزوج اخت اخيه لابيه من النسب وصورته منكحو
منكوحة ابيه اذا ولدت اما ولها بنت من زوج اخر فهي اخت اخيه لابيه
فيجوز له ان يتزوجها وكذلك يجوز للرجل ان يتزوج اخت اخته من الرضاع
وهذا ظاهر ويجوز للمرضعة ان يتزوج ام المرضع من النسب
لان المرضع ابنه ويجوز للانسان ان يتزوج ام ابنه من النسب وكذا
اب المرضع من النسب يجوز له ان يتزوج المرضعة لانها ام ابنه من الرضاع
فهي كام ابنه من النسب وكذا يجوز له ان يتزوج بحليلة اب الصبي من
الرضاعة او النسب كما يجوز ان يتزوج بامه والله الموفق

فصل

واما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر فاما
ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي
الله عنهم الا ما روي عن عائشة رضي الله عنها انه يجوز في الصغر
والكبر جميعا واحتجت بظاهر قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين الصغر والكبر وروي ان
ابا حذيفة رضي الله عنه تبنى سالما وكان يدخل على امرأته سهلة بنت
سهيل فلما نزلت ادعوهم لابائهم قالت سهلة يا رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقالت يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وليس لنا الا
بيت واحد فما ذا ترى في شانه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم
ارضعيه عشر رضعات ثم يدخل عليك وكان سالم كبيرا فدل ان الرضاع
في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت رضي الله عنها بهذا الخبر بعد
وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حتى روي انها كانت اذا ارادت

حال م

ان يدخل احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم بنت ابي بكر الصديق
رضي الله عنهما عنهم وبنات اخيها عبد الرحمن ابن ابي بكر الصديق ان
يرضعنه تدل عليها بالحديث بعد وفاة النبي صلي الله عليه وسلم
على انه غير منسوخ ولنا ما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم
دخل يوما على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه
رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال من هذا فقالت عائشة هذا
اخي من الرضاعة فقال عليه السلام انظرن ما اخوانكن فانما الرضاعة من
المجاعة اشار الى ان الرضاعة في الصغر هو المحرم
اذ هو الذي يدفع المجوع فاما مجوع الكبير فلا يندفع بالرضاع
وروي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما انبت
اللحم وانشز العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لان رضاعه
لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم وروي عنه عليه السلام انه قال
الرضاع ما فتق الامعاء رضاع الصغير هو الذي يفتق الامعاء
لا رضاع الكبير لان امعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن
لكونه من اللطف الاعذية كما وصفه الله تعالى في كتابه بقوله
لبنا خالصا سائغا فاما امعاء الكبير فمن فتقة لا تحتاج الى الفتق
باللبن وروي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال لا رضاع
بعد الفصال وروي ان رجلا من اهل البادية ولدت امرأته
ولدا فمات ولدها فورم ثدي المرأة فجعل الرجل يمصه ويمجه فدخلت
منه حرعة حقنه حلقه فسأل عنه ابا موسى الاشعري رضي
الله عنه فقال قد حرمت عليك ثم جاء الى عبد الله بن مسعود
فسأل فقال عبد الله بن مسعود هل سألت عنها احدا قبلي
فقال نعم سألت ابا موسى الاشعري فقال حرمت عليك فجاء ابن مسعود
الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنهما فقال له اما علمت ان لا
يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم فقال ابو موسى الاشعري

لا تسألوني

لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم وعن عبد الله ابن عمر
ان رجلا جاء الى عمر رضي الله عنه فقالت كانت ولي وليدة فاطاها
فهممت امرأتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقال دونك
فقد والله ارضعتها فقال عمر واقمها فهي جارتك فانما الرضاع
عند الصغر وهذا يبين ان ليس المراد من الآية رضاع الكبير لان
النبي صلي الله عليه وسلم فسر الرضاع المحرم بكونه دافعا للجوع
منبتا للحم منشزا للعظم فانتظم الامعاء وهذا وصف رضاع الصغير
لا الكبير فصارت السنة مبينة لما في الكتاب اصله واما حديث سالم
فالجواب عن التعلق به من وجهين احدهما يحتمل انه كان مخصوصا
بذلك يدل عليه ما روي ان سائر ازواج رسول الله صلي الله
عليه وسلم ابين ان يدخل عليهن في حال الكبر احد من الرجال
وقلن ما نرى الذي امر به النبي صلي الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل
الا رخصة في سالم وحده فهذا يدل على ان سالما كان مخصوصا بذلك
وما كان من مخصوص بعض الناس لمعنى لا يفعله لا يحتمل القياس
ولا يترك به الاصل المقدر في الشرع والثاني ان رضاع الكبير كان محرما
ثم صار منسوخا بما روينا من الاخبار واما عمل عائشة رضي الله
عنها فقد روي عنها ما يدل على رجوعها فانه روي عنها ما يدل قالت
لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم والدم وروي انما كانت تأمر بنت
اخيها عبد الرحمن بن ابي بكر رضي الله عنهم ان ترضع الصبيان حتى
يدخلوا عليها اذا ما روا رجالا على ان عملها معارض لعمل سائر ازواج
النبي صلي الله عليه وسلم فايهن كن لا يرين ان يدخل عليهن بتلك
الرضاعة احد من الرجال والمتعارض لا يكون حجة واذا ثبت ان
رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد
الفاصل بين الصغير والكبير في حكم الرضاع وهو بيان مدة
الرضاع المحرم وقد اختلف فيه قال ابو حنيفة رحمه الله الاول

شهرا ولا يحرم لعد ذلك سواء فطم اولم يفطم وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله حولان لا يحرم لعد ذلك فطم اولم يفطم وهو قول الشافعي
وقال زفر ثلاثة احوال وقالا بعضهم خمسة عشر سنة وقال بعضهم
احد وعشرون سنة احتج ابو يوسف ومحمد بقوله تعالى والوالدات
يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة جعل الله
تعالى الحولين تمام مدة الرضاع وليس وراء التمام شئ ولقوله تعالى
وفصاله في عامين وقوله وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاقل مدة
الحمل ستة اشهر فيبقى مدة الفصال حولين وروي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد الحولين وهذا نص في الباب
ولابي حنيفة قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من
الرضاعة اثبت الحرمة بالارضاع مطلقا غير التقيد بزمان الارضاع
الا ان قام الدليل على ان زمان ما بعد الثلثين شهر ليس
بمراد فيعمل باطلاقه فيما رواه وقوله تعالى فان ارادا فصالا عن
تراض منهما وتشاور والاستدلال بها من وجهين احدهما انه اثبت
لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان الفاء للتعقيب فيقتضي تقا
الرضاع بعد الحولين بتحقق الفصال بعدهما والثاني انه اثبت
لهما ارادت الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكونوا الفصال الا عن
الرضاع فدل على تقالي حكم الرضاع في مطلق الوقت الى ان
يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا
اولادكم اثبت لهم ارادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن
ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل ولان الرضاع انما اوجب الحرمة
لكونه منبتا للحم منشرا للعظم على ما نطق به الحديث ومن المحال عادة
ان يكون منبتا في الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفة
لان الله تعالى ما اجرى العادة بتغير الغذاء في مدة معتبرة ولان
المرأة قد تلد في البرد الشديد والحر الشديد فاذا تم على الصبي سنتان

لا يجوز

لا يجوز ان تؤمر المرأة بفطامه لانه يخاف منه الهلاك على الولد اذا لم يكن
تعود بتغييره من الطعام فلا بد من ان يؤمر بالرضاع ومحال ان يؤمر //
بالرضاع ويحرم عليها الرضاع في وقت واحد فدل ان الرضاع بعد الحولين
يكون رضاعا الا ان ابا حنيفة رحمه الله استحسن في تقدير مدة انتفاء حكم
الرضاع بعد الحولين بستة اشهر لانه اقل مدة غير الولد فان الولد
يبقى في بطن امه لستة اشهر تتغذى بعد ايام ثم يتفصل فتصير اصلا
في الغذاء وغيرا عتبر بعد الحولين ستة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضا ٤
في ابتداء السنة لما قاله ابو حنيفة ثبت في بقيتها كالسنة الاولى
والثانية واما الاية الاولى ففيها ان الحولين مدة الرضاع في حق
من اراد تمام الرضاعة وهذا لا ينفي ان يكون الزايد على الحولين
مدة الرضاع في حق من لم يرد اتمام الرضاعة معا ان ذكر الشيء بالتمام
لا يمنع من احتمال الزيادة عليه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم
من وقف بعرفة فقد تم حجه وهذا لا يمنع زيادة الفرض عليه فان طواف
الزيادة من فروض الحج على ان في الاية ان الحولين تمام مدة الرضاع
في حق الحرمة لكنها تمام مدة الرضاع في حق الحرمة او في حق وجوب
اجر الرضاع على الاب فالنص لا يتعرض له وعندنا تمام مدة
الرضاع في حق وجوب الاجر على الاب حتى ان الام المطلقة
اذا طلبت الاجر بعد الحولين ولا تتوضع بل اجر مثله يجبر الاب على اجر
الرضاع فيما زاد على الحولين او يحمل الايه على هذا توفيقا بين الدلايل
لان دلايل الله تعالى لا تتناقض واما الاية الثانية فالفصالين في
عامين لا ينفي الفصال في اكثر من عامين كما لا ينفيه في اقل من عامين
عن تراض منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالمسكوت كقوله
تعالى فان تبتم ان علمتم فيهم خيرا انه لا يمنع جواز الكتابة اذا لم
يعلم فيهم خيرا واما الاية الثالثة فيحتمل ما ذكرتم ان المراد من
الحمل هو الحمل بالبطن والفصال هو الفطام فيقتضي ان يكون

مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة اشهر كما روي عن عبد الله بن
عباس رضي الله عنهما ويحتمل ان يكون المراد من الحمل الحمل باليد والجر
فيقتضي ان يكون بالثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لانه يحمل باليد
والجر في هذه المدة غالبا الا ان يكون بعض هذه المدة للحمل وبعضها للفصال
لان اضافة الشيء الى وقت لا يقتضي تسمة الوقت عليهما بل يقتضي
ان يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول القايل صمت
وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي تسمة الشهر عليهما بل يقتضي
كون الشهر كله وقتا لكل واحد منهما فيقتضي ان يكون الثلاثون
شهرا مدة الرضاع كما هو مذهب ابي حنيفة فلا يكون حجة مع الاحتمال
على انه ان وقع التعارض بين ظاهر الايات لكن ما تلونا ظاهرها
تلوتم بيجح والعمل بالظاهر اولى احتياطا واما الحديث فالمشهور
لا رضاع بعد فصال ونحن نقول بموجبه فجايز ان يكون اصل الحديث
هذا فان ذكر الحولين حمل على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ
فيحتمل ان يكون معناه لا رضاع بعد الحولين على الاب اي في حق
وجوب الاجر عليه على ما ذكرنا من تاويل الاية او يحمل على هذا عملا
بالدلايل كلها والله الموفق ثم الرضاع يحرم في المدة على اختلافهم
فيما فطم في المدة اولم يفطم هذا جواب ظاهر قول اصحابنا حتى
لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم مص بعد ذلك في المدة كان ذلك
رضاعا محرما ولا يعتبر الفطام وانما يعتبر الوقت فيحرم عند ابي
حنيفة ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان في السنتين لان
الرضاع في وقته عرف محرما في الشرع على ما ذكرنا من الدلايل من
غير فصل بينما اذا فطم اولم يفطم وروي للحسن عن ابي حنيفة
انه قال اذا فطم في السنتين او في الثلاثين لم يكن ذلك رضاعا
لانه لا رضاع بعد فطام وان هي فطمته فاكل اكلا ضعيفا لا يستغني به
عن الرضاع ثم عاد فارضع كما يرضع اولا في الثلثين الشهر فهو رضاع محرم

كما

لا يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم ويحتمل ان يكون رواية الحسن
تفسير الظاهر قول اصحابنا وهو ان الرضاع في المدة بعد الفطام انما يكون
رضاعا محرما اذا كان رضاعا تاما بان كان لا يستغني بالفطام من الرضاع
فان استغنى لا يحرم بالاجماع ويحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم
لا رضاع بعد الفصال على الفصال المتعارف وهو الفصال التام المعني
عن الرضاع والله اعلم ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند
عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن عبد الله بن
الزبير وعائشة رضي الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه اخذ
الشافعي فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روي
روي عن عائشة رضي الله عنها كان فيما انزل عشر رضعات يحرمن
ثم صرن الى خمس فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرا وروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة
ولا الاملاجتان ولان الحرمة بالرضاع لكونه منبتا للحم منشرا للعظم
وهذا المعنى لا يحصل بالقليل بدليل قوله تعالى واخواتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة مطلقا عن القدر وروي عن علي وعبد الله
ابن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا قليل الرضاع
وكثيره سواء وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال الرضعة الواحدة
تحرم وروي انه بلغه ان عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة ولا
الرضعتان فقال قضا الله خير من قضا ابن الزبير ولقوله تعالى و
امهاتكم اللاتي ارضعنكم وروي انه لما بلغه ان عائشة تقول لا تحرم
المصة والمصتان فقال حكم الله اولى من حكمها واما حديث
عائشة فقد قيل انه لم يثبت وهو الظاهر فانه روي انما قالت توفي
النبي صلى الله عليه وسلم وهو مما يتلى في القران فما الذي ينسخ
بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحتمل ان يضاع شيء من القران
ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء ان هذا حديث منكر وانه من صيارفة

الحديث ولئن ثبت فيحتمل انه كان في رضاع الكبيرة فنسخ العدد بنسخ رضاع
الكبير واما حديث المصة والمصتين فقد ذكر الطحاوي ان في اسناده اضطرابا
لان مدارة على عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنهما وروي انه سيل
عروة عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وان كان قطرة واحدة تحرم
والراوي اذا عمل خلاف ما روي اوجب ذلك وهنا في الحديث لانه لو ثبت
عنده لعمل به على انه ان ثبت فيحتمل ان الحرمة لو ثبتت لعدم القدر
المحرم ويحتمل ايضا لما لم يعلم انا اللبن وصل الى جوف الصبي ام لا وما
لم يصل لا يحرم فلا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن
عباس رضي الله عنهما اذا عتق الصبي فقد حرم حين سأل عن الرضعة
الواحدة هل تحرم لان العتق اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد
اسود لزنج اذا وصل اللبن الى جوفه فقال هل عتقتم صبيكم اي هل
سقيتموه عسلا ليسقط عنه عتبة انما ذكر ذلك ليعلم ان اللبن قد
صار في جوفه لانه لا يقع من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه ويحتمل
انه كان ذلك في ارضاع الكبير حين كان محرما ثم نسخ باصله وقدره
على ان هذه الاحاديث ان ثبتت فهي مبيحة وما قلنا محرم والمحرم
يقضي على المبيح احتياطا واما قوله ان الرضاع انما يحرم لكونه منبتا
للحم فلنشز العظم فيقول القليل ينشز بقدره فوجب ان يحرم
ثم هذا الاعتذار بالعمل على اصله لان الجرعة الكثيرة عنده لا تحرم ومعلوم
ان الجرعة الواحدة الكثيرة في انبات اللحم وانشار العظم فوق خمس
رضعات صغار فدل انه لا اعتذار على هذا وكذا يستوي فيه لبن الحية و
الميتة بان حلب لبنهما بعد موتها في قدح فاوجر الصبي عندنا وقال
الشافعي لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف في انه اذا حلب لبنهما في حال حياتها
في اناء واوجر به الصبي بعد موتها انه تثبت الحرمة وجه قوله ان حكم الرضاع
هو الحرمة والمراة بالموت خرجت من ان تكون محتملة لهذا الحكم ولهذا
لم تثبت حرمة المصاهرة بوطيها عندكم فصار كلبن البهائم ولو ارتضع

صغير ان من لبن بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا
واذا لم تثبت الحرمة في حقهما لا تثبت في غيرهما ولان المرضعة اصل في
هذا الحكم ثبت في حقها ثم يتعدى الى غيرها فاذا لم يثبت في حقها لكيف
يتعدى الى غيرها بخلاف ما اذا حلب حال حياتها ثم اوجر الصبي بعد
وفاتها لانها كانت محلا قابلا للحكم وقت الفصال اللبن منها فلا
يبطل بموتها بعد ذلك وها هنا بخلافه ولان اللبن قد ينجس بموتها
بنجس رعاية وهو الذي فاسد البول والدم ولنا الحديث المشهور
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاعة من المجاعة وقوله الرضاع
ما انبت اللحم وانشز العظم وقوله الرضاع ما فتق الامعاء واللبن
الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشز العظم ويفتق الامعاء
فيوجب الحرمة ولان اللبن كان محرما في حال حياتها والعارض هو
الموت واللبن لا يموت كالبيضة ولهذا روي عن عمر رضي الله عنه انه
قال اللبن لا يموت ولان الموت حل محل الحياة ولا حياة في اللبن الا ترى
انها لا تتالم باخذه في حال حياتها والحيوان يتالم باخذ ما فيه حيوة
من لحمه وسائر اعضائه فاذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد الموت كحاله
قبل موتها وقبل الموت محرم كذا بعده واما قوله المراة بالموت خرجت
من ان تكون محلا للحرمة وهي الاصل في هذه الحرمة فنقول الحرمة
في حال الحياة ما ثبتت باعتبار الاصالة والتبعية بل باعتبار انبات
اللحم وانشار العظم وقد بقي هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة بخلاف
حرمة المصاهرة لانها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم او باعتبار الجزئية
والبعضية لكون الوطي سببا لحصول الولد وكل واحد من المعنيين لا يتقرر
بقدر الموت لذلك افترقا وقوله اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا مبني
بناه على اصله اما على اصل اصحابنا اللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد
الموت وان تنجس الوعاء الاصلي ونجاسة الظرف انما توجب نجاسة المظروف

اذا لم يكن الطرف معدا للمظروف ومصنعا له في الاصل فاما
اذا كان ذلك موضوعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف
الا ترى ان الدم الذي يجري بين اللحم والجلد في المذكى لا ينجس اللحم
لما كان في معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو حلب لبن شاة
في حال حياتها فانها وما نجس فاوجر به الصبي يحرم ولا فرق بين الوقائع
اذ النجس في الحالتين ماء وهو واللبن لا ينجسه نجاسة الوعاء الذي ليس
بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له اولى وليستوي في
تحريم الرضاع الارتضاع والاسقاط والايجار لان المؤثر في التحريم هو
حصول الغذاء باللبن وانبات اللحم وانشار العظم وسد المجاعة لان
به يتحقق الجزية وذلك يحصل بالاسقاط والايجار لان السقوط يصلح
يصل الى الدماغ ويصل الى الحلقة فيغذي ويسد الجوعة والوجور
يصل الى الجوف فيغذي واما الافطار في الاذن فلا يحرم لانه لا
يعلم وصوله الى الدماغ ويصل الى الحلق فيغذي ويسد الجوعة
والوجور يصل الى الجوف فيغذي واما الافطار في الاذن فلا يحرم
لانه لا يعلم وصوله الى الدماغ لضيق المخرق في الاذن وكذلك
الافطار في الاحليل لانه لا يصل الى الجوف فضلا عن الوصول
الى المعدة وكذلك الافطار في الدبر والذكر لما قلنا وكذلك الافطار
في الجائفة والآمة لان الجائفة تصل الى الجوف لا الى المعدة والآمة ان كان
يصل الى المعدة لكن ما يصل اليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت
به الحرمة والحقنة لا يحرم بان حقن النبي صلى الله عليه وسلم الصبي باللبن في
الرواية المشهورة وروي عن محمد انها تحرم وجه هذه الرواية انها
وصلت الى الجوف حتى اوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل الى الجوف
من الفم وجه ظاهر الرواية ان المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذي
والحقنة لا تصل الى موضع الغذاء لان موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا

فصل

تصل اليها فلا يحصل بها نبات اللحم وانشوز العظم واندفاع الجوع
فلا يوجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضا اورايبا او شيرازا او حيسا
او اقطا او مصلا فتناول الصبي لا تثبت به الحرمة لان اسم الرضاع
لا يقع عليه ولذا لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم ولا يكتفي به الصبي
في الاغذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه اما
ان اختلط بالطعام او بالدواء او بالماء او بلبن الشاة او بلبن امرأة
اجنبية فان اختلط بالطعام فان مسته النار حتى نضج لم يحرم
في قولهم جميعا لان تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فان
كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لان الطعام اذا غلب سلب
قوة اللبن وازال معناه وهو التغذي فلا تثبت به الحرمة وان كان اللبن
غالبا الطعام وهو طعام لسببين لا تثبت به الحرمة في قول ابي
حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تثبت وجه قولهما ان لاعتبار الغالب
والحاق المغلوب بالعدم اصل في الشرع فيجب اعتباره ما امكن
كما اذا اختلط بالماء او بلبن الشاة ولابي حنيفة ان الطعام وان كان
اقل من اللبن فانه يسلب قوة اللبن فانه يرق ويضعف حتى يظهر
ذلك في حس البصر فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي فكان اللبن مغلوبا
معنى وان كان غالبا صورة وان اختلط بالدواء او بالدهن او بالنبيذ
يعتبر فيه الغالب فان كان اللبن غالبا يحرم لان هذه الاشياء لا تخل
بصفة اللبن وصيرورته غذاء بل يقدر ذلك لانها انما تخلط باللبن
لتوصل اللبن الى ما كان لا يصل اليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ
فالمعتبر اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الاشياء اولى وان كان الدواء هو الغالب
لا تثبت به الحرمة لان اللبن اذا صار مغلوبا صار مستهلكا فلا يقع
به التغذي فلا تثبت به الحرمة وكذا اذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب
ايضا فان كان اللبن غالبا تثبت به الحرمة وان كان الماء غالبا لا تثبت
وهذا عندنا وقال الشافعي اذا افطر الثدي مقدار خمس رضعات في حق

ما تستقي منه بالصبي يثبت الحرمة وجه قوله ان اللبن وصل الى جوف
الصبي لقدرة في وقد فشبت الحرمة كما اذا كان اللبن غالبا ولا شك
في وقت الرضاع والدليل على ان القدر المحرم وصل الى جوف الصبي
ان اللبن وان كان مغلوبا فهو موجود شايع في اجزاء الماء وان كان لا يرى
فيوجب الحرمة ولنا ان الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التغذي
على ما نطقت به الاحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يغذي الصبي لزوال
قوته الا ترى انه لا يقع الاكتفاء به في تغذية الصبي فلم يكن محرما وقد
خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الخصاف ان جواب الكتاب ينبغي ان
يكون قولهما واما على قول ابي حنيفة ينبغي ان لا يحرم وان كان اللبن
غالبا وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث ان اختلاطه بالماء
يسلب قوته وان كان الماء قليلا كاختلاطه بالطعام القليل وفي ظاهر
الرواية اطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط بلبن البهايم كلبن
الشاة وغيره لذلك يعتبر فيه الغالب لما ذكرنا ولو اختلط لبن المراة بلبن
امراة اخرى فالحكم للغالب منهما في قول ابي يوسف وروي عن ابي
حنيفة لذلك وعن محمد تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر
وجه قول محمد ان اللبن من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس
فلا تكون خلطة الجنس بالجنس استهلاكا فلا يصير القليل مستهلكا
في الكثير فيغذي كل واحد منهما بقدره بانبات اللحم والنشار العظم
وسد الجوعة لان احدهما لا يسلب قوة الاخر والدليل على ان خلط الجنس
بالجنس لا يكون مستهلكا انه لو غصب من آخر زيتا فخلطه بزيت
آخر استأثر كان فيئ في قولهم جميعا ولو خلطه بشيرج او بدهن آخر من غير
جنسه يعتبر الغالب وان كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه
ان يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيته وان كان الغاصب غير المغصوب
صار المغصوب مستهلكا فيه ولم يكن له ان يشاركه فيه ولكن الغاصب
يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين

والو

والو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء
وهناك الحكم للغالب كذا هاهنا ولمحمد ان يفرق بين الفصلين
فان اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الاذهال بمعنى التغذي
من كل واحد منهما بقدره لان احدهما لا يسلب قوة الاخر وليس كذلك
اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لان الماء يسلب قوة اللبن او يخل به
فلا يحصل التغذي او يحتمل والله اعلم ان طلق الرجل امراته ولها
لبن من مولد كانت ولده منه فانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر
وهي كذلك فارضعت صبيا عند الثاني ينظر ان ارضعته قبل ان
تحمل من الثاني فالرضاع من الاول بالاجماع لان اللبن نزل من
الاول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا يرتفع بالموت ولها
لو حلب منها ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاعة عن لبنها كذا
هذا وان ارضعت بعدها وصفت من الثاني فالرضاع من
الثاني بالاجماع لان اللبن منه ظاهرا وان ارضعت بعدما
حملت من الثاني قبل ان تضع فالرضاع من الاول الى ان تضع
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان علم ان هذا اللبن
من الثاني بان ازداد لبنها فالرضاع من الثاني وان لم يعلم فالرضاع
من الاول وروي عنه الحسن بن زياد انها اذا احبلت فاللبن للثاني
وقال محمد ورفر الرضاع منهما جميعا الى ان تلد فاذا ولدت فهو من
الثاني وجه قول محمد ان اللبن الاول باق والحمل سبب لحدوث زيادة
لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط
احد اللبنين بالاخر بخلاف ما اذا ارضعت لان اللبن الاول ينقطع بالحمل
لاول لوضع ظاهر او غالبا فكان اللبن من الثاني فكان الرضاع
منه وجه ظاهر قول ابي يوسف ان الحامل قد ينزل لها لبن فلما ازداد
لبنها عند الحمل من الثاني دل ان الزيادة من الحمل الثاني اذ لو لم
يكن لكان لا يزداد بل ينقص اذ العادة ان اللبن ينقص بمضي الزمان

ولا يزداد فكانت الزيادة دليلا على انها من الحمل الثاني لا من الاول
فكان الرضاع وجد رواية الحسن عنه ان العادة ان الحمل ينقطع اللبن
الاول ويحدث عنده لبن اخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من
الحمل الثاني لا من الاول فكان الرضاع منه لا من الاول ولابي حنيفة
ان نزول اللبن من الاول ثبت بيقين لان الولادة سبب لنزول اللبن
بيقين عادة فكان حكم الاول ثابتا بيقين فلا يبطل حكمه ما لم يوجد
سبب اخر مثله بيقين وهو ولادة اخرى لان الحمل للحامل قد
ينزل لها اللبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع والثابت بيقين لا //
يزول بالشك واما قول ابي يوسف لما ازداد اللبن دل على حدوث
اللبن من الثاني فممنوع ان زيادة اللبن تدل على حدوث اللبن من
الحمل فان لزيادة اللبن اسبابا منها زيادة الغذاء وجودته وصحة البدن
واعتدال الطبيعة وغير ذلك فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة
بالشك فلا ينقطع الحكم عن الاول وقد خرج الجواب عن ما قاله
محمد رحمه الله والله الموفق للصواب وليستوي في تحريم الرضاع //
المقارن للنكاح والطارئ عليه لان دلايل التحريم لا توجب الفصل
بينهما وبيان هذا الاصل اذا تزوج صغيرة فارضعتها امه من النسب
او من الرضاع حرمت عليه لانها صارت اختا له من الرضاعة فتحرم
عليه لما في النسب وكذا اذا ارضعتها اخته او بنته من النسب او من
الرضاعة لانها صارت بنت اخته او بنت بنته من الرضاعة وانما تحرم
من الرضاع لما تحرم من النسب ولو تزوج صغيرتين فجاءت امراة اجنبية
فارضعتهما معا او على التعاقب لانهما صارتا اختين من الرضاعة فيحرم
الجمع بينهما في حالة التقائهما كما يحرم في حالة الابتداء ويجوز ان يتزوج
احديهما ايتهما شاء لان المحرم هو الجمع كما في النسب فان كنا ثلاثا
فارضعتهن جميعا حرمن عليه لانهن صرن اخوات من الرضاعة //
فيحرم الجمع بينهن ايتهن شاء فلنا وان ارضعتهن على التعاقب

واحدة

واحدة بعد واحدة حرمت عليه الاوليان وكانت الثالثة امراته لانها لما
ارضعت الاولى والثانية صارتا اختين فبانتا منه فاذا ارضعت الثالثة
فقد صارت اختا لهما لكنهما اجنبيتان فلا يتحقق الجمع فلا تبين منه وكذا
اذا ارضعت الثنتين معا تم الثالثة حرمتا والثالثة امراته لما قلنا
ولو ارضعت الاولى ثم الثنتين معا حرمن جميعا لان الاولى لم تحرم بدا //
الارضاع لعدم الجمع فاذا ارضعت الاخريين معا صرن اخوات في حالة
واحدة فتفسد نكاحهن ولو كن اربع صبايا فارضعتهن على التعاقب
واحدة بعد واحدة حرمن جميعا لانها لما ارضعت الثانية فقد صارت
اختا للاولى فقد حصل الجمع بين الاختين من الرضاعة فبانتا ولما
ارضعت الرابعة فقد صارت اختا للثالثة فحصل الجمع فبانتا وحكم
المهر والرجوع في هذه المسايل نذكره في المسئلة التي تليها وهي
ما اذا تزوج كبيرة وصغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة اما حكم النكاح ج
فقد حرمنا عليه لان الصغيرة بنتها لما صارت والجمع بين الام والبنت من
الرضاع نكاحها حرام كما يحرم من النسب ثم ان كان ذلك بعد ما دخل //
بالكبيرة لا يجوز له ان يتزوج واحدة منهما ابدا كما في النسب
وان كان قبل ان يدخل بالكبيرة جاز له ان يتزوج الصغيرة لانها
ربيبته من الرضاع لم يدخل بامها فلا يحرم عليه نكاحها كما في النسب
ولا يجوز له ان يتزوج الكبيرة ابدا لانها ام منكوحته من الرضاع
فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها او لم يدخل كما في النسب واما حكم
المهر فاما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سواء تمحدت
الفساد او لم تتمحد لان المهر قد تاكد بالدخول فلا يحتمل السقوط المحرم
بعد ذلك فلها مهرها ولها السكنى والنفقة لها لان السكنى حق
الله تعالى فلا يسقط بفعلها والنفقة تجب حقا لها بطريق الصلة
وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة وان كان لم يدخل بها
سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تمحدت الفساد

اولم تتقدد لان الاصلحان الفرقة الحاصلة قبل الدخول يوجب سقوط
كل المهر لان المبدل يعود سليما الي المراة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين
يوجب سلامة المبدل للاخر ليلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
في عقد المبادلة وكان ينبغي ان يجب علي الزوج شئ سواء كانت الفرقة
بغير طلاق او بطلاق الا ان الشرع اوجب عليه في الطلاق قبل
الدخول مالا مقدرا بنصف المهر المسمي ابتداء بطريق المتعة صلة
لها تطييبا لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق بقوله تعالي فمتعوهن
عنها من غير رضاها فاذا ارضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا
يستحق شيا واما الصغيرة فلها نصف المهر علي الزوج عند عامة
العلماء وقال مالك لا شئ لها وجه قوله ان الفرقة جاءت من قبلها لوجود
علة الفرقة منها وهي ارتضاعها لان بذلك يحصل اللبن في جوفها
فينبت اللحم وينشز العظم ويحصل الجزئية التي هي المعني المؤثر في
الحرمة وانما الموجود من المرضعة التمكين من ارتضاعها باقامها
تذييا فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب عليه
الزوج للصغيرة شئ ولا يجب علي المرضعة للزوج شئ ايضا ولنا
ماذكرنا ان الفرقة من اينهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا
وانما يجب مهر معقد بالمسمي ابتداء اصلة للمراة نظرا لها ولم يوجد
من الصغيرة ما يوجب خروجها من استحقاق الصلة لان فعلها
لا يوصف بالحظر بالنظر والبيت هي من اهل الرضا ليجعل فعلها
دلالة الرضا بالارتضاع النكاح فلا يحرم نصف الصداق بخلاف الكبيرة
لان اقدامها علي الارتضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهي من اهل
الرضا وارضاعها خيانة فلا يستحق النظر بايجاب نصف المهر لها
ابتداء اذا كان الجاني لا يستحق النظر بل يستحق الزجر وذلك بالحرمان
بالحرمان ليلا يفعل مثله من المستقبل فلا يجب لها شئ سواء
تقددت الفساد اولم تتقدد لان فعلها خيانة في الحالين ويرجع الزوج

بما ادي

بما ادي علي الكبيرة ان كانت تقددت الفساد اولم تتقدد لان فعلها خيانة
في الحالين ويرجع الزوج وان كانت لم تتقدد لا يرجع وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يرجع عليها بشئ سواء تقددت
الفساد اولم تتقدد كذا ذكر مشائخنا قول محمد وروي عن محمد ان له
ان يرجع عليها سواء تقددت الفساد اولم تتقدد وهو قول زفر وبشر
المريسي والشافعي وجه قولهم ان هذا ضمان الاتلاف وانه لا
يختلف بالعمد والخطا والدليل ان هذا ضمان الاتلاف ان الفرقة حصلت
من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق المهر اصلا وراسا سواء تقددت
الفساد اولم تتقدد واذا كان حصول الفرقة من قبلها بارضاعها وتعمدا
لم تستحق فصارت بالارضاع موكدة نصف المهر علي الزوج لانه كان
يحتمل السقوط بردتها او تمكينها من ابن زوجها او تقبيلها اذ البرت
تهي بالارضاع الذي نصف الصداق عليه بحيث لا يحتمل السقوط فصار
سلفا عليه مالذ فيضمن وجه قول محمد انها وان تقددت الفساد
تهي صاحبة شر في ثبوت الفرقة لان علة الفرقة هي ارتضاع
الصغيرة لما بينا والحكم يضاف الي العلة لا الي الشرط علي ان ارضاعها
ان كان سبب الفرقة فهو سبب محض لاحق طري عليه فعل اختياري
وهو ارتضاع الصغيرة والسبب اذا اعترض عليه فعل اختياري
يكون سببا محضا والسبب المحض لا حكم له وان كان صاحب السبب
متعمدا في مباشرة السبب كمن نصب بابا الاصطبل والقنص حتي خرجت
الدابة او ضلت او طار الطير وضاع ولان الضمان لو وجب عليها
اما ان يجب بالاتلاف ملك النكاح او بالاتلاف الصداق او بالتاكيد لا سبيل
علي الزوج ولا وجه للاول لان ملك النكاح غير مضمون بالاتلاف
علي اصلنا ولا وجه للثاني لانها ما اتلفت الصداق بل اسقطت
نصفه والنصف الباقي بقي واجبا بالنكاح السابق ولا وجه
للثالث لان التاكيد لا يماثل التفويت فلا يكون اعتداء بالمثل ولابي

عمدا

حنيفة وابي يوسف ان الكبيرة وان كانت محصلة شرط العزقه
وعلة العزقه من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الاصل ان الشرط
مع العلة اذا اشتركا في الخطر والاباحة اي في سبب المواخذه
وعدمه فاضافة الحكم الي العلة اولي من اضافته الي الشرط فاما
اذا كان الشرط محظورا والعلة غير موصوفة بالخطر فاضافة الحكم
الي الشرط اولي من اضافته الي العلة كما في حفر البير علي قارعة
الطريق فالكبيرة اذا لم تكن لقمت الفساد فقد استوي الشرط
والعلة في عدم الخطر فكانت العزقه مضافه الي العلة وهي
ارتضاعهما وان كانت لقمت الفساد كان الشرط محظورا وهو
ارتضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة بالخطر وهي ارتضاع الصغيرة
فكان اضافة الحكم الي الشرط اولي واذا اضيفت العزقه الي الكبيرة
عند لقمها الفساد ووجب نصف المهر للصغيرة علي الزوج ابدا
ملازما للعزقه فصارت العزقه الحاصلة منهما كالعدم علة لوجوبه
لانه نفي النصف بعد العزقه واجبا بالنكاح السابق لان ذلك
قول بتخصيص العلة لان قوله بنصف بعد المهر مع وجود العلة
المستقله لكله والله باطل فصارت الكبيرة مسقطه هذا القدر
من المال علي الزوج اذ الاداء مبني علي الوجوب فيثبت له حق الرجوع
عليهما وهذا المعني وجب الضمان علي شهود الطلاق قبل الدخول
اذا رجعوا بالاجماع بخلاف ما اذا لم يتقمد الفساد لان عدم التقمد
لا تكون العزقه مضافة الي فعل الكبيرة فلم يوجد منها علة وجوب
نصف المهر علي الزوج فلا يرجع عليهما واما مسئلة فتح باب الاصطل
والقفص فكما يلزمهما يلزم محمد الا عنده يضمن الفاتح وان اعترض
علي الفتح فعل اختياري وقد خرج للجواب عن الباقي فافهم ثم
تقمد الفساد يثبت قبل البلوغ امور لعلمها بنكاح الصغيرة وعلمها
بفساد النكاح بارضاعهما وعدم الضرورة وهي ضرورة خوف الهلاك

على

على الصغيرة لو لم ترضعها والقول قولها وعلي هذا حكم المهر والرجوع
في المسايل المتقدمه من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج كبيرة وصغيرة
فارضعتهما الكبيرة فان ارضعتهما معا حرمن عليه لانهما جميعا
صارتا بنتين للمرضعة فصار جامعا بينهن نكاحا فحرمن عليه
ولا يجوز له ان يتزوج الكبيرة ابدا لانها صارت اختين من الرضاع
ويجوز ان يتزوج باحديهما ان كان لم يدخل بالكبيرة لانها ربيبته
من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد علي الام كما في النسب وان كان قد دخل
بها لا يجوز كما في النسب وان ارضعتهما علي التعاقب واحدة بعد
اخري فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الاولي لانها لما ارضعت
الاولي صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فبانتا واما
الصغيرة الثانية فانها ارضعتها بعد ما بانت الكبيرة فلم يصر
جامعا لكنها ربيبته من الرضاع فان كان قد دخل بامها حرم
عليه والا فلا ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغير
لما ذكرنا ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فارضعتهن علي التعاقب
واحدة بعد اخري حرمن جميعا لانها لما ارضعت الاولي صارت
بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما ارضعت
الثانية فقد ارضعتها والكبيرة والصغيرة مبانتان فلا تحرم
بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيرة حرم
عليه للحال حتي ترضع الثالثة فاذا ارضعت الثالثة حرمتا عليه
لانهما صارتا اختين والحكم في تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين
صغيرتين وتزوج الصغائر علي نحو ما ذكرنا ولو تزوج صغيرتين
وكبيرتين فقمت الكبيرتان الي احدي الصغيرتين فارضعتها
احديهما بعد الاخري ثم ارضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد
الاخري بانت الكبيرتان والصغيرة الاولي والصغيرة الثانية
امرأته لانها لما ارضعتا الصغيرة الاولي صارت كل واحدة من

بين

الكبيرتين ام امراته فصارت الصغيرة بنت امراته فصارا جامعا بينهن
فحرمن عليه فلما ارضعتها الثانية امراته لانها فقد ارضعتها هابعد
ثبوت البينونة فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع
ولكنها بنت منكوحة كانت له فان كان لم يدخل بها لا تحرم عليه وان
كان قد دخل بها حرمت ولا تجوز له نكاح الكبيرتين لوجود ذلك حال والامر
في جواز نكاح الصغيرة الاولى على التفصيل الذي مر ولو كانت احدى
الكبيرتين ارضعت الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ثم ارضعتها
الكبيرة الاخرى للصغيرتين واحدة بعد الاخرى ثم ارضعت الكبيرة
الاخرى للصغيرتين واحدة بعد الاخرى ينظر ان كانت الكبيرة
الاخيرة بدات بالتي بدات بها الكبيرة الاولى بانت الكبيرتان
والصغيرة الاولى والصغيرة الاخرى امراته وان كانت الكبيرة بدات
بما الكبيرة الاولى بانت الكبيرتان والصغيرة الاخرى امراته
وان كانت بدات بالتي لم تبدا بها حرمن جميعا وانما كان كذلك
لان الكبيرة الاولى لما ارضعت الصغيرة الاولى فقد صارت بينهما
فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا جميعا فلما ارضعت الاخرى
ارضعتها وهي اجنبية فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيبته
فان كان لم يدخل بامها لا تحرم وان كان قد دخل بها حرم فلما جاءت
الكبيرة الاخيرة فارضعت الصغيرة الاولى فقد صارت ام منكوحته
فحرمت عليه فلما ارضعت الصغيرة الاخرى فقد ارضعتها وهي اجنبية
فصارت ربيبته فلا تحرم اذا كان لم يدخل بامها وان كان قد دخل بها
تحرم واذا كانت الكبيرة الاخيرة بدات بالتي لم تبدا بها الكبيرة الاولى
فقد صارت بنتا لهما فصار جامعا بين الام والبنت فحرمتا عليه كما حرمت
الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كانت تحته صغيرة
وكبيرة فارضعت ام الكبيرة الصغيرة بانتا لانهما صارتا اختين ولذلك
لو ارضعت اخت الكبيرة الصغيرة لانها صارت بنت اخت امراته والجمع

بين

بين المراة وبين بنت اختها لا يجوز في الرضاع كما لا يجوز في النسب ولو
ارضعتها عمة الكبيرة او خالتها لم تبن لانها صارت بنت عمتها او بنت خالتها
ويجوز للانسان ان يجمع بين امراة وبنت عمتها او بنت خالتها ويجوز
للانسان ان يجمع في النسب وكذا في الرضاع ولو طلق رجل امراته ثلاثا ثم
ارضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امراة الصغيرة بانت الصغيرة لانها
صارت بنتا لها فحصل الجمع في حال العدة والجمع في حال قيام العدة كالجمع
في حال قيام النكاح ولو زوج ابنه وهو صغير امراة لها ابن فارتدت
وبانت من الصبي ثم اسلمت وتزوجها رجل فحملت منه فارضعت بلبنها
ذلك الصبي الذي كان زوجها حرمت على زوجها الثاني كذا روي عن
الوليد عن محمد رحمه الله لان ذلك الصبي صار ابنا لزوجها فصارت
هي منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه ولو زوج رجل ام ولده مملوكا
له صغيرا فارضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الولد ج
صار ابنا للمولى فصارت هي موطوءة ابنه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى
ايضا ان يطاها بملك اليمين لانها منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة
فطلقها ثم تزوج كبيرة فارضعتها امها التي ارضعتها حرمت عليه لانها صارت
ام منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت والله الموفق

فصل

واما بيان ما يثبت به الرضاع اي يظهر به فالرضاع يظهر باحد امرين
احدهما الاقرار والثاني البينة اما الاقرار فهو ان يقول لامراة تزوجها
هي اختي من الرضاع او امي من الرضاع او بنتي من الرضاع ويثبت
على ذلك ويصير عليه ليفرق بينهما لانه اقر ببطلان ما يملك ابطاله
للحال فيصدق فيه على نفسه واذا صدق لا يحل له وطيها والاستمتاع بها
فلا يكون في بقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته او كذبته لان
الحرمة ثابتة في زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف العقد ان
كذبته لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها ما بطل حقها في المهر
وان صدقته فلا مهر لها لتصادقهما على ان لا حق لها في المهر وان كان بعد

الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لانه غير مصدق في حقها
بابطال حقها في المهر وان مضت سنة فلا مهر لها كما تقدم كما على انه لا حق
لها في المهر فان اقر بذلك ثم قال اوهمت او اخطأت او غلطت او نسيت
او كذبت فيما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا وقال مالك والشافعي
يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره وجه قولهما انه اقر بسبب
العلقة لانه يملك الرجوع كما لو اقر بالطلاق ثم رجع بان قال لامرأته كنت
طلقتك ثلاثا ثم قال اوهمت والدليل عليه انه لو قال لامه هذه امرأتي
اوابني ثم قال اوهمت انه لا يصدق ويتفرق كذا هاهنا ولنا ان
الاقرار اخبار وقوله هذه احق اخبار منه اذا لم تكن زوجته قط
لكونها محرمة عليه على التابيد فاذا قال اوهمت صار كانه قال ما تزوجها
ثم قال تزوجها وصدقته المرأة ولو قال ذلك يقران على النكاح كذا هذا
بخلاف الطلاق لانه قوله كنت طلقتك ثلاثا اقرار منه بانشاء الطلاق
الذي يملكه من جهته ولا يتحقق انشاء الطلاق الا بعد صحة النكاح فاذا
اقر به ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لامه هذه امي او ابني لان
ذلك لا يقتضي شيئا في الحال في الاصل الاتري انها لو كانت امه او ابنته حقيقة
جاز ان تحول لها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فتضمن هذا
اللفظ منه انشاء العتق عليها فاذا قال اوهمت لا يصدق كما لو قال
هذه حرة ثم قال اوهمت وكذلك اذا اقر الزوج بعد ما قبل النكاح فقال
هذه اختي من الرضاع او امي او بنتي واصر على ذلك ودام عليه لا يجوز
له ان يتزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ولو قال اوهمت او غلطت
جاز له ان يتزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الاقرار تسمع دعواه هذا ان
على اقراره فرق بينهما وكذلك اذا اقر بالنسبة فقال هذه امي من
النسب او اختي او ابنتي وليس لها نسب معروف وانما تصلح ان
له او بنتا له فانه يستفسر مرة اخرى فان اصر على ذلك وثبت عليه
فانه يفرق بينهما للظهور والنسب باقراره مع اصراره عليه وان قال اوهمت

او

او اخطأت او غلطت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وان كان لهما
نسب معروف اولا تصلح امثاله ولا بنتا له لا يفرق بينهما وان دام على ذلك
لانه كاذب في اقراره بيقين والله اعلم واما البينة فهي ان يشهد على
الرضاع رجلان او رجل وامرأتان ولا يقبل في الرضاع اقل من ذلك
ولا شهادة النساء بانفرادهن وهذا عندنا وقال الشافعي يقبل فيه شهادة
اربع لنسوة وجه قوله ان الشهادة على الرضاع شهادة على عورة اذ لا يمكن
تحمل الشهادة الا بعد النظر الى الثدي والى عورة فيقبل فيه شهادة النساء
على الانفراد كالولادة ولنا ما روي محمد رحمه الله عن عكرمة بن خالد المخزومي
عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يقبل على الرضاع اقل من شاهدين وكان
ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر التكذيب من احد فيكون اجماعا ولان
هذا مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء بانفرادهن
كالمال وانما قلنا ذلك لان الرضاع مما يطلع عليه الرجال اما ثدي الامة
فلانه يجوز للاجانب النظر اليه واما ثدي الحرة فيجوز لمحارمها النظر
فثبت ان هذه شهادة على ما يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادتهن
على الانفراد لان قبول شهادتهن بانفرادهن في اصول الشرع للضرورة
وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به فان اجاز الاطلاع عليه
في الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فانه لا يجوز لاحد من الرجال
الاطلاع عليها فدعت الضرورة الى القبول واذا شهدت امرأة على الرضاع
فالافضل للزوج ان يفارقها لما روي محمد رحمه الله ان عقبة بن الحارث
قال تزوجت بنت ابي اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت اني ارضعتكما
فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فارقها فقال اني امرأة سوداء
واني كنت وكنت فقال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفي بعض
الروايات قال عقبة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاعرض ثم
ذكرته فاعرض حتى قال في الثالثة او الرابعة دعها اذا او قوله فارقها
او دعها اذا ندب الى الافضل والاولى الاتري انه لم يفرق بينهما بل اعرض

ولو كان التفريق واجبا لسرق ولما اعرض ودل قوله فاردفنا على بقاء النكاح
وروي ان رجلا تزوج امراة فجاءت امراة تزعم انها ارضعتهما فسال
الرجل عليا رضي الله عنه فقال وهي امراتك ليس احد يحرمها عليك
فان تنزهت فهو افضل وسال ابن عباس فقال مثل ذلك ولانه يحتمل
ان تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة واذا افاد فتا
فالافضل له ان يطلقها نصف المهر ان كان قبل الدخول عملا لاحتمال
صحة النكاح لاحتمال كذب شهادة والافضل لها ان لا تاخذ
شيا منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدق شهادة وان كان
بعد الدخول عملا فالافضل للزوج ان يعطيها كمال المهر والنفقة
والسكنى لاحتمال جواز النكاح والافضل لها ان تاخذ الاقل من مهر
مثلها ومن المسمى ولا تاخذ النفقة والسكنى فقال الفساد ان
لم يطلقها بقي في سعة من المقام معها لان النكاح قايم في الحكم وكذلك
اذا شهدت امراتان او رجل وامراة او رجلان غير عدلين او رجل وامراتان
وهم غير عدول لما قلنا واذا شهد رجلان عدلان او رجل وامراتان
وفرق بينهما فان كان قبل الدخول عملا فلا شيء لها لانه تبين ان النكاح
كان فاسدا وان كان بعد الدخول عملا يجب الاقل من المسمى ومن مهر
المثل ولا تجب النفقة والسكنى كما في سايرالانكحة الفاسدة والله اعلم

كتاب النفقات

النفقات اللواتي اربعة
نفقة الزوجات ونفقة الاقارب ونفقة الرقيق ونفقة البهايم
والجمادات اما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع في مواضع في
بيان وجوبها وفي بيان سبب الوجوب وفي بيان شرايط الوجوب
وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان كيفية وجوبها وفي بيان
ما يستحقها بعد وجوبها وصيرورتها دينا في الذمة اما وجوبها فقد
دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ابي على قدر ما يجده احدكم

من

٢١١

من السعة والمقدرة والامر بالاسكان امر بالانفاق لانها لا تصل
الى النفقة الا بالخروج والاكتساب وفي حرف عبد الله بن مسعود
اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وهو نص
وقوله ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن اي لا تضاروهن في الانفاق
عليهن فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن اولا تضاروهن في المسكن
فيدخلوا عليهن من غير استيذان فيضيق عليهن المسكن فيخرجن
وقوله وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وقوله
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله لينفق ذو
سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله
وقوله ومثل الذي عليهن بالمعروف قيل هو المهر والنفقة واما
السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله
في النساء فانهن عندكم عوان لا يملكن لانفسهن شيا اخذتموهن
بامانة الله وتقاليه واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن حق
ان لا يوطين فرشكم احدا ولا يوذن في بيوتكم لاحد تكرهونه
فان خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن
غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ثم قال ثلاثا
الا هل بلغت ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لما اجمل من الحق في قوله
تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف فكان الحديث مبينا لما
لم يكن في الكتاب اصله وروي ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ما حق المراة على الزوج فقال عليه السلام ان يطعمها
اذا طعم وان يكسوها اذا اكتسى وان لا يضربها الا في البيت ولا يقبح
بها ولا يهجر وقال صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان خذي
من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولو لم تكن النفقة
واجبة لم يحل ان ياذن لها بالاخذ من غير اذنه واما الاجماع فلان الامة
اجمعت على هذا واما المعقول فهو ان المراة محبوسة بحبس النكاح حقا

للزوج ممنوعة من الاكتساب لحقه فكان نفع حبسها عايد اليه فكانت
نفقتها عليه لقوله عليه السلام الخراج بالضمان ولانها اذا كانت
محبوسة بحبسه ممنوعة من الخروج للكسب لحقه فلو لم تكن نفقتها
عليه لهلكت ولم نجعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لا محلوس
لحبسهم عن الكسب لحقهم فجعلت نفقتهم في مالهم وهو مال بيت مالهم
كذا هذا **فصل** واما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلما
فيه قال اصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج
عليها وقال الشافعي السبب هي الزوجية وهي كونها زوجة له وربما
قالوا ملك النكاح وربما قالوا التمكين واحتج بقوله تعالى الرجال قوامون
على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم اوجب
النفقة عليهم بكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان سبب
وجوب النفقة النكاح ولان الانفاق على المملوك من باب اصلاح
الملك والاستبقاء فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك ولنا ان
حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح موثر في استحقاق
النفقة لها عليه لما بينا فاما الملك فلا اثر له لانه قد قوبل بعوض
مرة وهو المهر فلا تقابل بعوض اخر اذ العوض الواحد لا تقابل بعوضين
واما الاية فلا حجة له فيها لان فيها اثبات القوامية بسبب النفقة لا ايجاب
النفقة بسبب القوامية وعلى هذا الاصل بنينا ان لا نفقة على مسلم
في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج
عليها بسبب النكاح حقيقة وكذا في عدة منه وان ثبت حق الحبس لان
لم يثبت بسبب النكاح لانعدام حقيقته وانما ثبت لتخصيص الماء ولان
حال العدة لا يكون اسوأ من حال النكاح فلما لم تجب في النكاح فلان لا تجب
في العدة اولى وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب
وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح اذ النكاح قايم من
وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة وبل اولى لان حق

الحبس

الحبس بعد الفرقة تاكد بحق الشرع وتاكد السبب يوجب تاكد الحكم فلما
وجبت قبل الفرقة فعندها اولى بسواكانت العدة عن فرقة بطلاق
او عن فرقة بغير طلاق من قبل الزوج او من قبل المراة لانها اذا كانت
من قبلها بسبب محظور استحسانا وشرح هذه الجملة ان الفرقة اذا
كانت من قبل الزوج كخلع بطلاق فلها النفقة والسكنى سواكان
الطلاق رجعيا او بائنا وسواكانت حاملا او حايلا بعد ان كانت مدخولا
بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي ان كانت مطلقة
طلاقا رجعيا او بائنا وهي حامل فكذلك اما المبتوتة اذا كانت حايلا
فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالابانة وكان ينبغي ان لا
يكون لها السكنى الا انه ترك القياس في السكنى بالنص وعند ابي ليلى لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها والمسئلة ذكرت في كتاب
الطلاق في بيان احكام العدة وسواكان الطلاق بعوض او بغير عوض
وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا ولو خالعها على ان يبرا من
النفقة والسكنى فهلك الابراء عن حقها فاما السكنى ففيها حق الله تعالى
فلا تملك المعتدة اسقاطه ولو ابرائه عن النفقة من غير خلع لم يصح الابراء
الا الابراء اسقاط الواجب فكيفما كان فليست هي بمقدم الواجب والنفقة
تجب شيا فشيا على حسب مرور الزمان فكان الابراء اسقاطا قبل الوجوب
فلم يصح بخلاف ما اذا خالعته من نفسها على نفقتها لما ذكرنا في كتاب الخلع
ولانها جعلت النفقة على الابراء الابراء عن النفقة عوضا عن نفسها في
العقد ولا يصح ذلك الا بعد سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضى
الخلع باصطلاحهما كما لو اصطلحا على النفقة انها تجب وتصير دينا في
الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة بغير طلاق اذا كانت من قبله فلها النفقة
والسكنى سواكانت بسبب مباح كخيار الادراك البلوغ او بسبب محظور
كالردة ووطي ابنها وابنتها وتقبيلها بشهوة بعد ان يكون بعد الدخول
بها لقيام السبب وهو الحبس للزوج عليها بسبب النكاح واذا كانت

التقويم

من قبل المراة فان كانت لسبب مباح كخيار الادراك وخيار التشفي وعدم الكفاءة
فكذلك لها النفقة والسكني وان كانت لسبب محظور بان ارتدت او طاوعت
او طاوعت ابن زوجها او اباه او لمسة لشهوة فلا نفقة لها استحسانا
ذلها السكني وان كانت مستكرهة فلا والقياس ان يكون لها النفقة
والسكني في ذلك كله وجه القياس ان حق الحبس قايم فيستحق النفقة كما اذا
كانت الفرقة من قبلها لسبب مباح او من قبل الزوج لسبب مباح او محظور
وجه الاستحسان وجهان احدهما ان حبس النكاح قد يطل برد نفسها
الا ترى انها تحبس بعد الردة جبرا لها على الاسلام بالحبس لتتوب
فان حبس النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما اذا كانت الفرقة بسبب
مباح لان هناك حبس النكاح قايم فبقيت النفقة وكذا اذا كانت من
قبل الزوج بسبب هو معصية لانها لا تحبس بردة الزوج فبقي حبس
النكاح فبقي العدة لكن هذا يشكل بما اذا طاوعت ابن زوجها او
قبلته بشهوة انها لا تستحق النفقة وان بقي حبس النكاح ما دامت //
العدة قايمة والاشكال في الحقيقة لان هناك عدم الاستحقاق لانعدام
شرط من شرايط الاستحقاق وهو ان لا تكون الفرقة من قبلها //
حاصلة بفعل هو محظور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع
الاشكال بحمد الله والثاني ان حبس النكاح انما اوجب النفقة
عليه صلة لها فاذا وقعت الفرقة بفعلها الذي هو معصية لم تبق
مستحقة للصلة اذ الجاني لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر وذلك
في الحرمان لا في الاستحقاق لمن قتل موثره بغير حق انه يحرم //
الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما اذا كانت مستكرهة في الوطي
لان فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا اذا كانت
الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لان النفقة حقها قبل الزوج
فلا يوثر فعله الذي هو معصية في اسقاط الغير فهو الفرقة بين
المختلفين وانما لم تحرم السكني بفعلها الذي هو معصية لما قلنا ان

في السكني

في السكني حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت في النكاح
حتى حرمت النفقة في الفصل الثاني بقيت واجبة بعد الفرقة قبل
الردة لانها سبب وجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم
امتنع وجوبها من بعد بعارض الردة فاذا عادت الى النكاح الاسلام
تعد زال العارض فتعود الى النفقة واما في الفصل الاول فالنفقة لم
تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب وجوبها بالردة وهو
حبس النكاح لان الردة اوجبت بطلان ذلك الحبس فلا تعود من
غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بعودة والاصل في هذا ان كل
امراة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت في العدة لعارض منهما
ثم زال العارض في العدة تعود نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة اليها
في العدة وان زال سبب الفرقة بخلاف ما اذا نشزت ثم عادت انما
تستحق النفقة لان النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت
بالنكاح وانما فوت التسليم المستحق بالعقد فان عادت فقد سلمت
نفسها فاستحقت النفقة ولو طاوعت ابن زوجها او اباه في العدة
او لمسته بشهوة فان كانت معتدة عن طلاق وهو رجعي فلا نفقة لها
لان الفرقة ساوقت بالطلاق وانما وقعت بسبب وجد منها وان كان
الطلاق بايناً او كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة ولا
السكني بخلاف ما اذا ارتدت في العدة لانه لا نفقة لها الى ان تعود الى
الاسلام وهي في العدة ولو ارتدت في العدة والعياذ بالله ثم
عادت او اسلمت او سبيت واعتقت اولم تعتق فلا نفقة لها لان العدة
قد بطلت بالتحاق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بمنزلة الموت ولو
طلق امراته وهي امة طلاقا بايناً وقد كان المولى يواها مع زوجها
بيتا حتى وجبت النفقة ثم اخرجها المولى لخدمته حتى سقطت
النفقة فطلقها الزوج ثم اراد ان يعيدها الى الزوج ويأخذ النفقة
كان له ذلك ان لم يكن يواها المولى بيتا حتى طلقها الزوج ثم اراد ان

ثلاثة اشهر فان حاضت في الاشهر الثلاثة فيها واستقبلت عدة الاقراء
انفقت عليها حتى تنقضي عدتها لما قلنا وان طالبته امراته بالنفقة
وقدمته الى القاضي فقال الرجل للقاضي قد كنت طلقتها منذ سنة
وقد انقضت عدتها في هذه المدة وجحدت المراة الطلاق فان القاضي
لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ
اقر به عند القاضي لانه مصدق في حق نفسه لا في ابطال حق الغير
فان اقام شاهدين على انه طلقها منذ سنة والقاضي لا يعرفهما امره القاضي
بالنفقة عليها وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ سنة لم تظهر
فان عدلت البينة او اقرت هي انها قد حاضت ثلاث حيض في هذه
السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت اخذت منه شيئا يرد عليه لظهور
ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضاء العدة فان قالت لم احض في هذه السنة
فالقول قولها ولها النفقة لان القول في انقضاء العدة قولها فان قال
الزوج قد اخبرتني ان عدتها قد انقضت لم يقبل قوله في ابطال
نفقتها لانه غير مصدق عليها في ابطال حقها ولو طلق امراته ثلاثا
او بائنا فاعتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد
كان اعطاها النفقة الى وقت الولادة فانه يحكم بانقضاء عدتها
قبل الولادة لستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد ويسترد نفقة
ستة اشهر قبل الولادة وعند ابي يوسف لا يسترد شيئا من النفقة وكذلك
اذا طلق امراته في حالة المرض فاعتدت منه الى سنتين واعتدت عدتها
الى سنتين ثم ولدت المراة بعد الموت بشهر ولد كان اعطاها النفقة
الى وقت الوفاة فانها لا ترث ويسترد منها نفقة ستة اشهر عند ابي
حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ترث ولا تسترد شيئا من النفقة وقد
مرت المسئلتان في كتاب الطلاق ولا نفقة في الفرقة قبل الدخول باي
سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه فينعدم السبب وهو الحبس
الثابت بالنكاح وام الولد اذا اعتقها مولاها وجبت عليها العدة لا نفقة

بينها مع الزوج في العدة لتجب النفقة فانما لا تجب ووجه الفرق ان
النفقة كانت واجبة في الفصل الاول لوجود سبب الوجوب وهو
الاحتباس وشرطه وهو التسليم الا انه لما اخرجها الى خدمته فقد
فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقا له والتسليم فامتنع وجوب النفقة
حقا له فاذا اعادها الى الزوج عاد حقه فيعود حق المولى في النفقة
فاما في الفصل الثاني فالنفقة ما كانت واجبة في العدة لانعدام سبب الوجوب
او شرط الوجوب وهو التسليم فهو بالتبوية يريد الزام الزوج النفقة
ابتداء في العدة فلا اعلمه ذلك والاصل في هذا ان كل امراة كانت لها النفقة
يوم الطلاق ثم صارت الى حال لا نفقة لها فلها ان تعود وتاخذ النفقة
وكل امراة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها النفقة الا الناشزة وتفسير ذلك
والوجه فيه ما ذكرنا وسيجيء نفقة المعتدة عدة الاقراء وعدة الاشهر
وعدة الحمل لاستواء الكل في سبب الاستحقاق فتنفق عليها ما دامت
في العدة وان تطاولت لعذر الحبل او لعذر آخر ويكون القول في ذلك
قولها لان ذلك امر لا يعرف من قبلها حتى لو ادعت انها حامل انفق عليها
الى سنتين منذ طلقها لان الولد يبقى في البطن الى سنتين فان مضت
سنتان ولم تضع فقالت كنت اتوهم اني حامل ولم اخص الى هذا
العام وطلبت النفقة بعد ارتداد الطهر وقال الزوج انك ادعيت
الحمل فانما تجب لك النفقة لعلة الحمل واكثر مدة الحمل سنتان وقد مضى
ذلك فلا نفقة لك فان القاضي لا يلتفت الى قوله وتلزمه النفقة الى
ان تنقضي عدتها بالاقراء وتدخل في الاياس لان احد العدتين
اذا بطل وهو عدة الحبل فقد بقي الآخر وهو عدة ارتداد الطهر اذ هو
المتد ظهرها من ذوات الاقراء وهي مصدقة في ذلك فان لم تحض حتى
دخلت في حد الاياس انفق عليها ثلاثة اشهر فان حاضت في الاشهر
الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لانها اعتدت به وكذلك
لو كانت صغيرة حتى يجامع مثلها فطلقها بعد ما دخل بها انفق عليها

لها وان كان محبوسة ممنوعة عن الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب
النكاح وانما يثبت لتحصين الماء فاشبهت المعتدة من نكاح فاسد ولان نفقتها
قبل العقد انما وجبت بملك اليمين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق
ونفقة الزوجة انما وجبت بالاحتباس وانه قائم **فصل** واما
شرائط وجوب هذه النفقة فلوجوبها شرطان احدهما يعم النوعين
جميعا اعني نفقة النكاح ونفقة العدة والثاني يخص احدهما وهو
نفقة العدة اما الاول فتسليم المرأة نفسها الى الزوج وقت وجوب التسليم
والمعنى بالتسليم التخلية وهو ان تخلي بينه نفسها وبين زوجها برفع المانع
من وطئها او الاستمتاع بها اذ كان المانع من قبلها او من قبل غير الزوج
فان لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة
لها وعلى هذا يخرج مسايل اذا تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها
الى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وكذلك اذا لم ينقلها
وهي بحيث لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها هو بالنقلة فلها
لانه وجد سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس وشرطه وهو التسليم على
التفسير الذي ذكرنا فان الزوج يترك النقلة تركا حق نفسه مع امكان الا
فلا يحل حبسها النفقة فان طالبها بالنقلة فامتنعت فان كان امتناعها
بحق بان امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة لانه لا يجب عليها
التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من
التسليم وقت وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو طالبها بالنقلة بعد
ما اوفاها المهر الى دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لان امتناعها بحق
فلم يجب عليها التسليم فلم يمتنع عن التسليم حال وجوب التسليم ولو
كانت ساكنة منزلها فمنعته من الدخول عليها لا على سبيل النشوز بل قالت
لها حولي الي منزلك او اكتري منزلا انزله فاني احتاج الى منزلي هذا
اخذ كراه فلها النفقة لان امتناعها من التسليم في بيتها لغرض التحويل
الى منزل اوالى منزل الكرا امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم

وقت

وقت وجوب التسليم وان كان غير حق بان كان الزوج تداوفاها مهرها
او كان موجلا فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم فلم يوجد
شرط الوجوب فلا يجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة ولو
سلمت نفسها ثم زوجها بعد ما دخل بها بوطئها لاستيفاء مهرها فلها
النفقة عند ابي حنيفة لانه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه
منعا غير حق عندهما ولو سلمت نفسها بعد ما دخل بها على اكره منها
فلها النفقة لانها محقة في المنع وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهي
كالبالغة في النفقة لان المعنى الموجب للنفقة يجمعهما وان كانت
لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعي لها النفقة بناء على ان
سبب الوجوب عنده النكاح وشرط عدم النشوز وقد وجدا وشرط الوجوب
عندنا تسليم النفس ولا يتحقق التسليم من الصغيرة التي لا يجامع
مثلها لا منها ولا من غيرها القيام المانع في نفسها من الوطي والاستمتاع
لعدم قبول المحل لذلك فانعدم شرط الوجوب فلا يجب وقال ابو يوسف
اذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وتمتنع الزوج بما في الخدمة فسلمت
اليه فان شاء امسكها وان شاء ردها فان امسكها فلها النفقة وان
ردها فلا نفقة لها لانها اذا لم تحتمل الوطي لم يوجد التسليم الذي
اوجبه العقد فكان له ان يمتنع من القبول فان امسكها فلها النفقة
لانه حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضي بالتسليم القاصر فان ردها فلا نفقة لها حتى يجيء حال يقدر فيه
على جماعها لانعدام التسليم الذي اوجبه العقد وعدم رضاه بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمرأة كبيرة فلها النفقة
لوجود التسليم منها على التفسير الذي ذكرنا وانما عجز الزوج
من القبض وانه ليس بشرط لوجوب النفقة وكذلك اذا كان الزوج
مجبوبا او عنينا او محبوسا في دين او مريضا لا يقدر على الجماع
لوطء رجا للبرء فلها النفقة لما قلنا ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة

مرضا يمنع من الجماع فنقلت وهي مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها
ايضا اذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهي لا تمتنع من النقلة لوطا لهما
الزوج وان كانت تمتنع فلها نفقة لها كما لصحيحة كذا ذكره في ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف انه لم يوجد التسليم اذ هو تخلية وتمكين ولا تتحقق
ذلك مع المانع وهو بنوة المحل فلا تستحق النفقة كالصغيرة التي لا تحتمل
الوطي واذا سلمت وهي مريضة له ان يردها لان التسليم الذي
اوجبه العقد وهو التسليم الممكن من الوطي لما لم يوجد كان له ان لا يقبل
التسليم الذي لم يوجبه العقد وهكذا قال ابو يوسف في الصغيرة التي
لا تجامع مثلها ان له ان يردها لما قلنا وجه ظاهر الرواية ان التسليم
في حق التمكين من الوطي وان لم يوجد فقد وجد في حق التمكين من الاستمتاع
وهذا يكفي لوجوب النفقة كما في الحايض والنفسا والصايمة صوم رمضان
واذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم راسا فلا تستحق النفقة وقالوا
ليوسف اذا كانت المريضة تؤنسه وينتفع بها في غير الجماع فان شاء وها
وان شاء اسكنها فان اسكنها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لما
ذكرنا في الصغيرة وان نقلت وهي صحيحة ثم مرضت في بيت الزوج
مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بالاجماع لان التسليم المطلق
وهو التسليم الممكن من الوطي والاستمتاع قد حصل ولا انتقال لانها
كانت صحيحة كذا الانتقال ثم تصير التسليم لما ورد من يحتمل الزوال
لما شبه الزوال للحيض او نقول التسليم المستحق بالعقد في حق المريضة
التي لا تحتمل الجماع قبل الانتقال وبعده هو التسليم في حق الاستمتاع
لا في حق الوطي كما في حق الحايض وكذا اذا نقلها ثم ذهب عقلها فصارت
معتوهة مغلوبة او كبرت فطعنت في السن حتى لا تستطيع زوجها
جماعها او اصابها بلا قلها النفقة ولو حبست في دين ذكر في الجامع
الكبير انه لا نفقة لها ولم يفصل بينما اذا كان الحبس قبل الانتقال او بعده
وبينما اذا كانت قادرة على التخلية اولا لان حبس النكاح قد بطل باعتراض

حبس الدين لان صاحب الدين احق بحبسها بالدين وفات التسليم
ايضا بمعنى من قبلها وهو ملحق بما اذا صارت كالناشزة وذكر الكرخي
انها اذا كانت محبوسة في دين قبل النقلة فان كانت تقدر على التخلي بينه
وبين نفسها فلها النفقة وان كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها
وهذا التفسير ما اجمله محمد رحمه الله في الجامع لانها اذا كانت تقدر على ان
توصله اليها فالظاهر منها عدم المنع لوطا بهما الزوج وهذا التفسير
لتسليم فاذا لم يطا بهما فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها واذا
كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو حبسها ظلما
فلا تستوجب النفقة ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما ذكرنا
في المريضة وذكر القدوري ان ما ذكره الكرخي في الحبس محمول
على ما اذا كانت محبوسة لا تقدر على قضايه فاما اذا كانت قادرة على
القضا فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لانها اذا لم تقض مع القدرة
على القضا صارت كانها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو
فرض القاضي لها النفقة ثم اخذها رجل كارهة فهرب بها استئجارا
او غصبها لها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها الفوات
التسليم لا بمعنى من جهة الزوج وروي عن ابي يوسف ان لها النفقة
لان الفوات ما جاء من قبلها والقرنا والرتقا لهما النفقة بعد النقلة
وقبلها اذا طلبتا ولم يظهر منهما الامتناع في ظاهر الرواية وروي
عن ابي يوسف ان لهما النفقة بعد الانتقال لا نفقة لهما وجه رواية
ابي يوسف ان التسليم الذي اوجبه العقد لم يوجد في حقهما قبل
الانتقال وبعد الانه لما قبلها مع العلم بالعيب فقد رضي بالتسليم
القاصر كما قال في المريضة الا انه هاهنا قال لا يجوز له ان يردها
وجه ظاهر الرواية ان العقد انعقد في حقهما موجبا تسليما مثلهما وهو
التمكين من الاستمتاع دون الوطي وهذا النوع من التسليم يكفي لاستحقاق
النفقة كتسليم الحايض والنفسا والمحرمة والصايمة معنى ان التسليم

المطلق يتصور فيهما بواسطة ازالة المانع من الزفت والقرن بالصلاح
فيمكن الانتفاع بهما وطيا ولو حبست المراة حجة فريضة فان كان ذلك قبل
النقلة فان حجة بلا محرم ولا زوج فلا نا شزة وان حجت مع محرم لها //
دون زوج فلا نفقة لها في قولهم جميعا لانها امتنعت من التسليم بعد
وجوب التسليم فصارت كالنا شزة وان كانت انتقلت الى منزل
الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج فقد قال ابو يوسف لها النفقة
وقال محمد لا نفقة لها وجه قول محمد ان التسليم قد فات بامرين قبلها
وهو خروجها فلا تستحق كالنا شزة ولابي يوسف ان التسليم المطلق
قد حصل بالانتقال الى منزل الزوج ثم فات بعارض اذ الفرض وهذا
يبطل النفقة كما اذا انتقلت الى منزل زوجها ثم نشزت صوم رمضان
او بقول حصل التسليم ثم مات لعذر فلا تسقط النفقة كلمريجنه
ثم اذا وجب لها النفقة على اصل ابي يوسف يقوض لها القاضي
نفقة الاقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الحضر
فاما زيادة المؤنة التي تحتاج اليها المراة في السفر من الكرا او نحو
ذلك فهي عليها لا عليه لانها لاداء الفرض والفرض عليها فكانت
تلك المؤنة عليها كما لو مرضت بالحضر كانت المداومة عليها لا على
الزوج فان جاوزت مكة واقامت بها بعد الحج اقامة لا تحتاج
اليها سقطت نفقتها لانها غير معذورة في ذلك فصارت كالنا
كالنا شزة فان طلبت نفقة ثلاثة اشهر قد ذهاب والمجيء لم
يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فاذا عادة
اخذت ما بقي لان الواجب عليه لها نفقة الاقامة لا نفقة
السفر ونفقة الاقامة تفرض لها شهرا فشهرا وهذه الجملة لا //
تتفرع على اصل محمد رحمه الله هذا اذا لم يخرج الزوج معها للحج
فاما اذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجود التسليم المطلق ///
لامكان الانتفاع بها وطيا واستمتاعا في الطريق فصارت كالمقيمة

في

في منزله ولو الا منها او ظاهر منها فلها النفقة لان حق الحبس قايم //
والتسليم موجود لتمكنه من وطيها والاستمتاع بها بغير واسطة في الايلاء
او بواسطة تقديم الكفارة في الظهار فوجد سبب وجوب النفقة
وشرط وجوبها فيجب ولو تزوج اخت امراته او عمتها او خالتها
ولم يعلم بذلك حتى دخل بها وفرق بينهما ووجب عليها ان تعتزل
منها مدة عدة اختها فلا مراته النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه
وهو التسليم الا انه امتنع الانتفاع بها بعارض يزول فاشبه //
الحيض والنفاس وصوم رمضان ولا نفقة لاختها وان وجبت عليها
العدة لانها معتدة من نكاح فاسد وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا
تزوج حرا وعبد امة قنة او مدبرة او ام ولد ان بوأها المولى //
وجبت النفقة والا فلا لان سبب الوجوب وشرطه هو التسليم
لا يتحقق بدون التبوية لان التبوية ان يخلي بينها وبين زوجها
في منزل زوجها لاستمتاعها فان كانت مشغولة بخدمة المولى
لم تكن محبوسة عند الزوج ولا مسلمة اليه ولا يجبر على التبوية
لان حد منها حق المولى ولا يجبر الانسان على ايفاء حق نفسه
لغيره فان بوأها المولى ثم بدا له ان يستخدمها وله ذلك لما ذكرنا
ان حد منها حق المولى لان منافع سايرالاعضاء تبتنى على ملكه وانما
اعادها الزوج بالتبوية وللمولى ان يسترد عاريته ولا نفقة على
الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم من جهة المولى ولو بوأها
بيته الزوج وكانت تجيء واوقات الى مولاها فتخدمه من غير ان يستخدمها
قالوا لا تسقط نفقتها لان الاسترداد انما يحصل بالاستخدام ولم
يوجد ولان هذا القدر من الخدمة لا يقدح في التسليم كالحرة اذا خرجت
الى منزل ابيها وان كانت مكانه تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد
فلها النفقة ولا تشترط التبوية لان حد منها ليست حق المولى اذ لا
حق للمولى في منافعها الا ترى انه ليس للمولى ان يستخدم مكاتبة

في منافعهما كالحرة فيجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة والعبد
اذا تزوج باذن المولى حرة او امة لقوله في وجوب النفقة كالحر لاستوائهما
في سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم ولهذا
استويا في وجوب المهر الا ان الفرق بينهما ان النفقة اذا صارت
مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيهما الا ان يفديه
المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون ويبدء بما قبل الغلة لمولاه
فان المولى لو ضرب عليه ضريبة فان نفقته تقدم على ضريبة مولاه
لانها بالعرض صارت دينا في رقبته حتى يباع فيهما فاشبه سائر
الديون بخلاف الغلة فانها لا تجب للمولى على عبده دينا في الحقيقة
فان مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يوخذ المولى بشيء
لفوات محل التعلق فبطل التعلق كالعبد الرهن اذا هلك يبطل
الدين الذي تعلق به ولذلك ان قتل العبد في ظاهر الرواية وذكر
الكرخي الله اذا قتل كانت النفقة في قيمته وجه ما ذكره الكرخي
ان القيمة قامت مقام العبد لانها بدله فتقوم مقامه كما هو كما
في سائر الديون وجه ظاهر الرواية ان القيمة انما تقام مقام الرقبة
في الديون المطلقة لا فيما يجري مجرى الصلاة والنفقة تجري
مجرى الصلة على اصل اصحابنا لما ذكر فتسقط بالموت قبل القبض
كسائر الصلات ولهذا لو كان الزوج حرا فقتل خطا سقطت عنه عندنا
ولا تقام الدية مقامه فكذا اذا كان عبدا وكذلك المدبر وام الولد لما قلنا
غير ان هؤلاء لا يباعون لان ديونهم تتعلق باكسابهم لا برقابهم لتعذر
استيفائها من رقابهم لان الاستيفاء بالبيع ورقابهم لا تحتمل البيع
واما المكاتب فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه كالقن لتصور الاستيفاء
من رقبته لاحتمال العجز لانه اذا عجز يعود قنا فلسيدي فيما دام مكاتبا
فاذا قضى لعجزه عاد قنا يباع فيهما الا ان يفديه المولى كما قبل الكتابة واما
المعتق بعضه فهو عند ابي حنيفة بمنزلة المكاتب الا انه لا يتصور فيه العجز

والبيع

والبيع في الدين فسيعى في نفقتهما وعندهما هو حر عليه دين ولا يجب على
العبد نفقة ولده سواء كان من امراة حرة او امة لانه ان كان من حرة يكون
حرا فلا تجب على العبد نفقة الحر وتكون نفقته على الام ان كانت غنية
وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وان كان من امة
فيكون عبدا لمولاها فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر اذا تزوج امة فولدت
له اولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة لانهم مماليكه والعبد والحر في ذلك
سواء وكذلك المدبرة وام الولد في هذا كالامة النفقة لما قلنا وان كان مولى
الامة في هذه المسايل فقيرا والزوج اب الولد غنيا لا يومر الاب بالنفقة
على ولده بل اما ان يبيعه مولاه او ينفق عليه ان كان من امة قنة وان كان من مدبرة
او ام ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى لتعذر الجبر على البيع هاهنا
لعدم قبول المحل فاما اذا كانت مكاتبة فنفقة اولادها لا تجب على زوجها
وانما تجب على الام للكتابة سواء كان الاب حرا او عبدا لان ولد المكاتبة ملك
المولى رقبة وهو حق المكاتبة كسائر الاشياء انما سقين باكسابه في رقبتهما
وعتقنا فاذا كانت اكسابه حقا لهما كانت نفقته عليهما لان نفقة الا
لسان تتبع كسبه قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الطيب ما اكل المرء من
كسبه ولو زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت تجب لها
على ابيها دين فيجب على عبد ابيها وان زوج امته من عبده فنفقتهما
جميعا على مولاها لانهما جميعا ملك للمولى والله الموفق والكتابة في
استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وشرطه والذمي في وجوب النفقة عليه على زوجته التي ليست من محارمه
كالمسلم لاستوائهما في سبب الوجوب وشرطه ولاذ ما ذكرنا من الدلايل
للوجوب لا يوجب الفصل بين الذمي والمسلم في النفقة ولقول النبي صلى
الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين وعلى المسلم لنفقة زوجته لما كذا على الذمي واما اذا كانت
من محارمه فقد قال ابو حنيفة انما اذا طلبت النفقة فان القاضي يقضي

جبر المولى ع
في ولد امته

بالنفقة لها وعند ابي يوسف ومحمد وزفر والشافعي لا يقضي بنا على ان
هذا النكاح فاسد عندهم واما عند ابي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا
ان الصحيح عنده حتى قال انهما يقران عليه ولا يفرض عليهما قبل ان يتراضا
او يسلم احدهما وذكر الكرخي ان هذا النكاح فاسد بالاجماع وانما اوجب
ابو حنيفة النفقة مع فساد النكاح لانهما يقران عليه مع فساده عنده
فان ابا حنيفة قال اني افرض عليه النفقة لكل امراة اقره على نكاحها
جايزا كان النكاح عندي او باطلا ووجهه انه لما اقره على نكاحها فقد
الحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح في حق وجوب النفقة وقد يلحق
النكاح بالصحيح في بعض الاحكام من النسب والعدة وغير ذلك ويستوي
في استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق المراة على زوجها
النفقة وان كانت موسرة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه
ولان هذه النفقة لما سببها الاعواض فيستوي فيها الغني والفقير
كنفقة القاضي والمضارب بخلاف نفقة المحارم لانها لا تجب للغني
لانها تجب صلة محضة لكان للحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة
ولان النفقة للتناسل وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي لكنهما لا تجب
دينا في الذمة الا بقضاء او رضا على ما يذكر بخلاف نفقة ذوي الارحام
فانها لا تجب من غير قضاء القاضي ونفقة الوالدين والمولودين تجب
من غير قضاء القاضي والفرق بين هذه الجملة تذكر في نفقة الاقارب
ان شاء الله تعالى لقوله تسليم ممنى من جهتها وهو النشوز والنشوز
ان تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجا من منزله ان خرجت بغير
اذنه وغابت او سافرت فاما اذا كانت في منزله ومنعت نفسها فهي رواية
فلها النفقة لانها محبوسة بحقه شفع بها ظاهرا وغالبا فكان ممنى
التسليم حاصلا والنشوز في العدة ان تخرج من بيت العدة من نفقة
لزوجها او تخرج ممنى من قبلها وقد روي ان فاطمة بنت قيس
كانت تبذو على احماءها فنقلها النبي صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن ام

مكتوم ولم يجعل لها النفقة ولا السكنى لان الاحتباس اذا كان بمعنى من قبلها
صار كما لو منعها بنفسها مراغمة لزوجها واما الثابتة فهو الذي يخص نفقة العدة
فهو ان لا يكون وجوب العدة لفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور واستحسنا
والقياس ان لا يجب لانها لم تحبس بحق وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم
ولكل امراة لها النفقة فلها الكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف وغير ذلك من النصوص التي ذكرناها فيما تقدم ولان سبب
وجوبهما لا يختلف وكذا شرط الوجوب وجريان العسر والمسر لا يدخلان
الوجوب لا تنفصل والله اعلم ولكل امراة لها النفقة فلها السكنى لقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرا ابن مسعود رضي الله
عنه اسكنوهن من حيث سكنتم واتقوا عليهن من وجدكم ولانهما
استويا في سبب الوجوب وشرطه وهو ما ذكرنا فيستويان في الوجوب
ويستوي في وجوبها اصل الوجوب الموسر والمعسر لان دليل الوجوب
لا يوجب الفصل وانما يختلفان في مقدار الواجب منهما وسنبينه
في موضعه ان شاء الله تعالى ولو اراد الزوج ان يسكنها مع ضرتها
او مع احمائها كام الزوج واخته وبنته من غيرها واقاربه فابت ذلك
عليه ان يسكنها في منزل مفرد لا يشركه فيه احد ممن يؤذيها ويضرون بها
في المساكنة وانما وهاذا دليل الاذى والضرر ولانه يحتاج الى ان يجامعها
ويباشرها في اي وقت يتفق ولا يمكنه ذلك اذا كان معها ثالث حتى لو
كان في الدار بيوت فتزع لها بيتا وجعل بينهما غلقا على حدة قالوا
انه ليس لها ان تطالبه ببيت آخر ولو كانت في منزل الزوج وليس
معها احد شكت الى القاضي ان الزوج يؤذيها ويضربها سال القاضي
جيرانها فان اخبروا بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضي يؤدبه
ويامره بان يحسن اليها ويامر جيرانه ان يتفحصوا عنها وان لم يكن
للجيران قوم صالحون امره القاضي ان يحول لها الى جيران صالحين
وان اخبروا القاضي بخلاف ما قالت انزلها هناك ولم يحول لها والزوج

ان يمنع اباها واعماما ولدها من غيره ومحارمها الدخول عليهما لان المنزل
منزله فكان له ان يمنع من شاء وليس له ان يمنعهم من النظر اليهما وكلامها
خارج المنزل لان ذلك ليس بحجب له الا ان يكون في ذلك فتنة باد يخاف
عليهما الفساد فله ان يمنعهم من ذلك ايضا والله الموفق للصواب **فصل**
واما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين
احدهما في بيان ما يقدر به هذه النفقة والثاني في بيان من يقدر به
اما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال اصحابنا هذه النفقة غير مقدرة
بنفسها بل بكفايتها وقال الشافعي مقدرة بنفسها على الموسر مدان
وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد واحتج بظاهر قوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته فدل انها مقدرة ولانه طعام واجب فوجب
ان يكون مقدرا كالاطعام في الكفارات ولانها وجبت بدلا عن الملك
عندي وعما بدلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن في البيع والمهر
والنكاح ولنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
فلما عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص ولانه اوجبها باسم الرزق
ورزق الانسان كذا بتة في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب
وروي ان هند امرأة ابي سفيان قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل
شحيح والله لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال صلى الله عليه وسلم
خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف نص على الكفاية
فدل ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولانها وجبت لكونها محبوسة
عن الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية
كنفقة القاضي والمضارب واما الاية فهي حجة عليه فان فيها امر الذي
السعة بالانفاق على قدر سعته مطلقا عن التقدير بمقدار الوزن فكان
التقدير به تقييد المطلق وانه لا يجوز الا بدليل وقوله ان الطعام
واجب بدل بنفقة الاقارب قلنا الطعام واجب وهي غير مقدرة بنفسها
بل بالكفاية والتقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة

بل

بل لكونها عبادة لوجوبها على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتستعد
فتستفيد كفايتهما كنفقة الاقارب واما قوله انما وجبت بدلا فممنوع
ولسنا نقول انما تجب ممتابلة بل تجب جزاء على الحبس ولا يجوز ان
تكون واجبة ممتابلة ملك النكاح لما ذكرنا واذا كان وجوبها على
سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة مقدار ما يكفيهما من
الطعام والادام والدهن لان الخبز لا يوكل عادة الا مادوما والدهن
لا بد منه للمشا ولا تقدر نفقتهما بالدراهم والدنانير على اي سعر كانت
لان فيه اضرارا باحد الزوجين او السعر لا يغلوا او قد يرخص
بل يقدر بها على حسب اختلاف الاسعار غلاء ورخصا رعاية للجانبين
ويجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين صيفية وشتوية لانه كما يحتاج
الى الطعام والشراب يحتاج الى اللباس لستر العورة ولدفع الحر
والبرد ويختلف ذلك بالبسار والاعسار والصيف والشتا على
ما يذكر وذكر في كتاب النكاح ان المعسر يفرض عليه خمسة دراهم
في الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار مقدار سعر الوقت
ولو حا الزوج بطعام يحتاج الى الطبخ والخبز فابت المرأة الطبخ والخبز
ليفي بان تطبخ وتخبز لانه النبي صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي
وفاطمة رضي الله عنهما فجعل اعمال الخارج على علي واعمال الداخل على
فاطمة ولكنهما لا يجبر على ذلك اذا ابت ويؤمر الزوج ان يأتي لهما بطعام
مصنوعا ولو استاجروها للطبخ والخبز لم يجز ولا يجوز لهما اخذ الاجرة على
ذلك لانهما لو اخذت الاجرة لاخذتها على عمل واجب عليهما في الفتوى
فكان في معنى الرشوة فلا يحل لهما الاخذ وذكر الفقيه ابو الليث رحمه
الله ان هذا اذا كان بهما علة لا تقدر على الخبز والطبخ او كانت من بنات
الاشراف فاما اذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم بنفسها يجبر على ذلك
واذا كان لها خادم يجب لخادمها ايضا النفقة والكسوة اذا كانت متنوعة
لخدمتها لاشتغال بما غيرها لان امور البيت لا تقوم بها وحدها فتحتاج الى

خادم ولا تجب عليه الاكثر من خادم واحد في قول ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف تجب لخادمين ولا تجب لاكثر من ذلك وروي عنه رواية اخرى
ان المراة اذا كانت يحل مقدارها عن خادم واحد ويحتاج الى اكثر من
ذلك تجب لاكثر من ذلك بالمعروف وبه اخذ الطحاوي وجه ظاهر قول ابي
يوسف ان امر الكثير وخدمته لا تقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة الى خادمين
يكون لاحدهما معين للاخر وجه قولهما ان الزوج لو قام بخدمتها بنفسه
لا يلزمه نفقة خادم اصلا وخادم واحد يقوم مقامه فلا يلزمه غيره
لانه اذا قام مقامه صار كانه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد لابد
منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار
الخادمين اولى من اعتبار الثلاث والاربع يقدر بالاقل وهو
الواحد هذا اذا كان الزوج موسرا فاما اذا كان معسرا فقد روي
عن ابي حنيفة انه ليس عليه نفقة خادم وان كان لها خادم
وقال محمد ان كان لها خادم فعليه نفقته والا فلا وجه قول محمد انه لما
كان لها خادم علم انها لا ترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة
خادمها واذا لم يكن لها خادم دل انها راضية بالخدمة بنفسها فلا
تجبر على اتخاذ خادم لم يكن وجه رواية الحسن ان الواجب على الزوج
المعسر من النفقة ادنى بالكفاية وقد تكتفي المراة بخدمة نفسها فلا
تلزمه نفقة الخادم وان كان لها خادم واما الثاني وهو بيان من يقدر به
هذه النفقة فقد اختلف فيه ايضا ذكر الكرخي ان مقدار النفقة
والكسوة يعتبر بحال الزوج في يساره واعساره لا بحالهما وهو قول
الشافعي ايضا وذكر الجصاص انه يعتبر بحالهما جميعا حتى لو كانا
موسرين فعليه نفقة اليسار وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار
وكذلك اذا كان الزوج معسرا والمراة موسرة فعليه نفقة الاعسار على ما
ذكره الكرخي وعلى قول الجصاص عليه ادنى من نفقة الموسرات واوسع
من نفقة المعسرين حتى كان الزوج مفرطا في اليسار ياكل خبز الحواري

ولحم

ولحم الجمل والدجاج والمراة مفرطة في الفقر ياكل في بيت اهلها خبز الشعير
لا تجب عليه ان يطعمها ما كلته ياكله ولا يطعمها ما كانت تاكل في بيت اهلها
ايضا ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا
الاعتبار وجه قول الجصاص ان في اعتبار حالهما في تقدير النفقة والكسوة
نظرا من الجانبين فكان اولى من اعتبار حال احدهما والصحيح ما ذكر
الكرخي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه
فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها وهذا نص في
الباب واذا عرف هذا فنقول اذا كان الزوج معسرا ينفق عليها
ادنى ما يكفيها من الطعام والادام والدهن بالمعروف ومن الكسوة
ارفع ادنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية وان كان وسطا ينفق
عليها اوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة ارفع من ذلك بالمعروف
وان كان غنيا ينفق عليها اوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة
ارفع من ذلك كله بالمعروف وانما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان
دفع الضرر عن الزوجين واجب وذلك في ايجاب الوسط من الكفاية
وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمار
وملحفة وسراويل في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين
الوسط الجيد اذا كان من القز والطين اذا كان من الاعتياد والوسط
اذا كان من الاوساط وذلك كله من القطن والكتان على حسب عادة
البلدان الا الخمار فانه يفرض على الغني خمار حرير وفي الشتاء يزاد
على ذلك حشو او فروة بحسب البلاد في الحر والبرد واما نفقة
الخادم فقد قيل ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم ما يلزم المعسر
نفقة امراته وهو ادنى الكفاية وكذا الكسوة ولو اختلفا
فقالت المراة انه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال الزوج
اني معسر وعلي نفقة المعسرين والقاضي لا يعلم حاله ذكر في كتاب
النكاح ان القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضي والخصاف

وذكر محمد رحمه الله في الزيادات ان القول قوله المراة مع يمينها واصل فيه
انه حيث وقع الاختلاف بين الطالب وبين المطلوب في يسار المطلوب او
واعساره في يسار الديون فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من جعل القول
قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقا
ومنهم من حكم فيه زي المطلوب ومحمد رحمه الله فصل بين الامرين
فجعل القول قول الطالب في النفقة وقول المطلوب في النفقة
وذكر في الفصل اصلا يوجب ان يكون القول في النفقة قول المراة وكذا
فصل الخصاف لكنه ذكر اصلا يقتضي ان يكون القول في النفقة قول
الزوج وبيان الاصلين وذكر الجمع تاتي في كتاب الحبس ان شاء الله تعالى
فان اقامت المراة البينة على يساره قبلت بينتها لانها
شبهة وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لانها شبهة وبينة الزوج
لا تثبت شيا ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم ايسر
قبل تمام الشهر من يزيدها في الفرض لان النفقة تختلف باختلاف
اليسار والاعسار وكذلك كل فرض فريضة للوقت والسعر رخيص
ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فانه يزيدها في الفرض لان الواجب
كفاية الوقت وكذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة
شهر فدفعها الزوج اليها ثم ماتت قبل تمام الشهر فليس لورثة
حتى يمضي الشهر وكذا اذا كساها الزوج فماتت الكسوة قبل تمام
المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضي المدة التي اخذت لها الكسوة
بخلاف الاقارب فان هناك يجب على نفقة اخرى وكسوة اخرى لتمام
المدة اذا حلفت انها ضاعت ووجه الفرق ان تلك النفقة تجب للحاجة
الا ترى انها لا تجب الا للمحتاج وقد تختلف الحاجة الى نفقة اخرى
وكسوة اخرى ووجوب هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل
انها تجب للموسرة الا ان لها شبهها بالاعواض وقد جعلت عوضا
عن الاحتباس في جميع الشهر فلا يلزم عوض اخر في هذه ولو فرض

لها

لها القاضي نفقة او كسوة تمضي الوقت التي اخذت له وقد بقيت
تلك النفقة والكسوة بان اكلت من مال اخر ولبست من مال اخر
تلما عليها نفقة اخرى وكسوة اخرى بخلاف نفقة الاقارب
والفرق ما ذكرنا ان نفقة الاقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة
ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان
الحاجة وانما تجب جزاء على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية
عن الاحتباس وقد جعلت عوضا عن الاحتباس في هذه المدة
وهي محتبسة بعد مضي هذه المدة بحبس اخر فلا بد لها من
عوض اخر ولو نفذت نفقتها قبل مضي المدة التي اخذت
او خرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضي
المدة بخلاف نفقة الاقارب وكسوتهم والفرق على نحو ما ذكرنا
والله اعلم **فصل** واما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد
اختلف العلماء في كيفية وجوبها قال اصحابنا انما تجب على وجه
لا تصير دينا في ذمة الزوج الا بقضاء القاضي او بتراضي على الزو
فان لم يوجد احد هذين لسقط بمضي الزمان وقال الشافعي انها
تصير دينا في الذمة من غير قضاء ولا رضا ولا يسقط بمضي الزمان
ويقع الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان الفرض من القاضي
او الرضا هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج
واما الاول فنبني على الاختلاف الذي ذكرنا احتج الشافعي بقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى كلمة ايجاب فقد
اخبر عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان وقوله
لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه
الله امرا بالانفاق مطلقا عن الوقت ولان النفقة قد وجبت
والاصل ان ما وجب على الانسان لا يسقط الا بالايصال او
الابراء كسائر الواجبات ولانها وجبت عوضا عن الاستمتاع لو وجب

حين

مقابلة المتعة فيثبت في الذمة من غير قضاء كالمهر والدليل عليه ان الزوج
يجبر على تسليم النفقة ويحبس بها والصلة لا تحتمل الجبر والحبس
والدليل ان هذه النفقة تجري مجرى الصلة وان كانت تشبه الاعواض
لكنها ليست بعوض حقيقة لانها لو كانت عوضا حقيقة فاما ان
كانت عوضا عن نفس المتعة وهي الاستمتاع واما ان كانت عوضا
عن ملك المتعة وهو الاختصاص بها لا سبيل الى الاول لان الزوج
ملك ذلك بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفا في ملك نفسه باستيفاء
منافع مملوكة له ومن تصرف في ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه
للثاني لان ملك المتعة قد تزول بعوض مرة فلا تقابل بعوض اخر فعلمت
النفقة قد تعرض فلا تكون عوضا حقيقة بل كانت صلة وكذلك سماها
الله تعالى رزقا بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
والرزق اسم للصلة كرزق القاضي والصلة لا تملك بانفسها بل بقرينة
تنضم اليها وهو القبض كما في الهبة او قضاء القاضي لان للقاضي ولاية
الالزام في الجملة والتراضي لان ولاية الانسان على نفسه اقوى
من ولاية القاضي عليه بخلاف المهر لانه وجب بمقابلة ملك المتعة
كان عوضا مطلقا فلا يسقط بمضي الزمان كسائر الديون المطلقة
ولا حجة له في الآيتين لان فيهما وجوب النفقة لا بقاؤها واجيب لانهما
لا تغيران للوقتية فلو ثبت البقاء انما يثبت باستصحاب الحال وانه
لا يصلح لالزام الحكم واما قوله ان الاصل فيما وصل فيما وجب على
الانسان ان لا يسقط الا بالقضاء او بالابراء فنقول هذا حكم الواجب
مطلقا لا الحكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه انه يسقط بمضي
الزمان كنفقة الاقارب واجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله
انها وجبت عوضا واما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك في الجملة فانه
يجبر على نفقة الاقارب ويحبس بها وان كانت صلة وكذا من اوصى
بان يوهب عبده من فلان فمات الموصي فامتنع الوارث من تنفيذ

في العبد

في العبد يجبر عليه ويحبس به وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس
لا ينفيان معنى الصلة وعلى هذا يخرج ما استدانت على الزوج قبل الفرض
والتراضي فانفقت انها لا ترجع بذلك على زوجها لان تكون متطوعة
في الانفاق سواء كان الزوج غائبا او حاضرا لانها لم تصر دينا
في ذمة الزوج لعدم شرط صيرورتها دينا في ذمته فكانت الاستدانة
الزام الزوج الدين بغير امره وامر من له ولاية الامر فلم يصح وكذا
اذا انفقت من مال نفسها لما قلنا وكذا الوالد ان زوجها عن النفقة
قبل فرض القاضي والتراضي لا يصح الا بدا لانه ابراء عما ليس بواجب
والابراء اسقاط واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا الوصاة حث
زوجها على نفقة ذلك لا يلزمها ثم طلبت من القاضي ما يكلفهما
فان القاضي يفرض لها ما يكلفهما لانها حطت ما ليس بواجب
والحط قبل الوجوب باطل كالابراء والله اعلم واما الثاني فلوجوب الفرض
على القاضي وجوازه عند شرطان احدهما طلب المرأة الفرض منه
لانه انما يفرض عليه النفقة الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب
الحق والثاني حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة
من القاضي ان يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضي
عالما بالزوجية وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قول سريج رحمهما
الله وقد كان ابو حنيفة اولا يقول وهو قول ابراهيم النخعي رحمهما
الله ان هذا ليس بشرط ويفرض القاضي النفقة على الغائب وحجة
هذا القول روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لهند امرأة
ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف
وذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كان فرض النفقة على ابي سفيان
وكان غائبا وجه قول الآخرين ان الفرض من القاضي على الغائب
قضاء عليه وقد صح من اصلنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يكون
عنه خصم ولم يوجد واما الحديث فلا حجة فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم

انما قال ذلك لهند على سبيل الفتوى لا على سبيل القضاء بدليل انه لم يقدر
ما تاخذه من مال ابي سفيان وفوض النفقة من القاضي تقديرها فاذا
لم تقدر لم يكن فرضا فلم يكن قضاء بحقه ان من حق القضاء على الغايب
فانما يجوز اذا كان غايبا غيبة سفر فاما اذا كان في المصر فانه لا يجوز
بالاجماع لانه لا يعد غايبا وابو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك
كان اعانة لا قضاء فان لم يكن القاضي عالما بالزوجية فسالت القاضي
ان يسمع بينهما بالزوجية ويفرض على الغايب قال ابو يوسف لا
تسمع ولا تفرض وقال زفر تسمع ويفرض لها على الغايب قال ابو
يوسف لا تسمع البينة ويبتدين عليه فاذا حضر الزوج وانكر فامرها
باعادة البينة في وجهه فان فعلت فقد الفرض وصحت الاستدانة
وان لم تفعل لم تنفذ ولم يصح وجه قول زفر ان القاضي انما يسمع
هذه البينة لاثبات النكاح على الغايب ليقال ان الغيبة يمنع بل
ليتوصل بها الى الفرض ويجوز سماع البينة في حق حكم دون
حكم كشهادة رجل وامراتين على السرقة انها تقبل في حق المال ولا
تقبل في حق السرقة كذا ها هنا تقبل هذه البينة في حق صحة الفرض
ولا تقبل في اثبات النكاح فاذا حضر استعاد منهما البينة فاذا اعادت
بعد الفرض صحت الاستدانة والا فلا والصحيح قول ابي يوسف لان
البينة على اصل اصحابنا لا تسمع الا على خصم حاضر ولا خصم فلا
تسمع وما ذكره زفر ان بينتهما تقبل في حق صحة الفرض غير سديد
لان صحة الفرض مبنية على ثبوت الزوجية فاذا لم يكن الى اثبات الزوجية
بالبينة سبيل لعدم الخصم لم يصح فلا سبيل الى القبول في حق صحة
الفرض ضرورة هذا اذا كان الزوج غايبا ولم يكن له مال حاضر فان
كان المال في يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها
من غير اذن القاضي لحديث ابي سفيان فلو طلبت المراة من القاضي
فرض النفقة في ذلك المال وعلم القاضي بالزوجية وبالمال فرض

لها

لها النفقة فيه لان لها ان تاخذه فتنفقه على نفسها من غير فرض القاضي
فلم يكن الفرض من القاضي في هذه الصورة قضاء بل كان اعانة لها
على استيفاء حقها وان كانت في يد مودعة او مضاربه او كان له دين
على غيره فان كان صاحب اليد مقرا بالولد لغة والزوجية او كان
من عليه الدين مقرا بالدين والزوجية او كان القاضي عالما بذلك
فرض لها في ذلك المال نفقتها في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر
لا يفرض وجه قوله ان هذا قضاء على الغايب من غير ان يكون عنه خصم
حاضر اذ المودع ليس بخصم من الزوج وكذا المديون فلا يجوز ان
صاحب اليد وهو المودع اذا اقر بالولد لغة والزوجية او اقر
المديون بالدين والزوجية فقد اقرا ان لها حق الاخذ والاستيفاء
لان للزوجة ان تمد يدها الى مال زوجها فتاخذ كفايتها من
حديث ابي سفيان فلم يكن فرض لها النفقة في ذلك المال قضاء بل
كان اعانة لها على اخذ حقها وله على احياء زوجته فكان له ذلك وان
جحد احد الامرين ولا علم للقاضي به لم تسمع البينة ولم يفرض
لان سماع البينة والفرض يكون قضاء على الغايب من غير خصم حاضر
لانه ان انكر الزوجية لا يمكنهما اقامة البينة على الزوجية لان المودع
ليس بخصم عنه في الزوجية وان انكر الولد لغة او الدين لا يمكنهما اقامة
البينة على الولد والدين لانها لو اقامتا لا تسمع بغير خصم عن زوجها في اثبات
حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغايب من غير ان يكون
عنه خصم حاضر وذلك غير جايز عندنا هذا اذا كانت الولد والدين
من جنس النفقة بان كان دراهم او دنانير او طعاما او ثيابا من
جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس اخر فليس لها ان تتناول
شيئا من ذلك وان طلبت من القاضي فرض النفقة فيه فان كان عقارا
لا يفرض القاضي النفقة فيه بالاجماع لانه لا يمكن ايجاب النفقة
فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغايب في النفقة بالانفاق وان

كان منقولا من العروض فقد ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف
فيه فقال لا يبيع العروض عليه في قول ابي حنيفة وعندهما له ان يبيع
عليه وهي مسئلة الحجر على الحر البالغ العاقل وذكر القدوري فقال المسئلة
على الانفاق فقال القاضي انما يبيع على اصلهما على الحاضر الممتنع عن
قضاء الدين لكونه ظالما في الامتناع دفعا للظلم والغايب لا يعلم امتناعه
فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه واذا فرض القاضي لهما النفقة في شيء من ذلك
واخذ منهما كفيلا ممن حسن لاحتمال ان يحضر الزوج فيقيم البينة
على طلاقها او ايمانها في النفقة عاجلا فينبغي ان يستوثق ما يعطيها
بالكفالة ثم اذا رجع الزوج ينظر ان كان لم يعجل لهما النفقة فقد مضى
الامر وان كان قد عجل واقام البينة على ذلك او لم يقم له بينة =
واستحلفهما فنكلت فهو بالخيار ان شاء اخذ من المراة وان شاء اخذ من
الكفيل ولو اقرت المراة انما كانت قد تعجلت النفقة من الزوج فان
الزوج ياخذ منها ولا ياخذ من الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة
فيظهر في حقها لا في حق الكفيل ولو طلبت المراة من القاضي ان يدفع
لها مهرها ونفقتها من الوديعة والدين لم يفعل ذلك وان كان عالما
بهما لان القضاء بالنفقة في الوديعة والدين كان نظرا للغايب كما
في الانفاق من احياز وجد بد فع الهلاك عنها والظاهر انه يرضى
بذلك وهذا المعنى لا يوجد في المهر والدين ولو كان للحاكم فرض لهما على
الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من حاكم ان يقضي لها بنفقة ماضية
في الوديعة والدين قضا لها بذلك لانه لما جاز القضاء بالنفقة في
الوديعة والدين يستوي فيه الماضي والمستقبل لان طريق الجواز لا
يختلف وكذلك اذا كان للغايب مال حاضر وهو من جنس النفقة ولد
اولاد صغار فقراء كبار زمني فقراء واناث فقيرات ووالدان
فقيران فان كان المال في ايديهم فلهم ان ينفقوا منه على انفسهم فان
طلبوا من القاضي فرض النفقة فيه لانه يكون اعانة لا قضاء اذ القول

والمديون

والمديون بالوديعة والدين وبالسبب او علم القاضي بذلك لان
نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الاحياء لان الانسان يرضى
باحيائهم وجزوه من ماله ولهذا كان لاحدهما ان يمد يده الى مال
الاخر عند الحاجة فياخذه من غير قضاء ولا رضاء وقد تحققت الحاجة
ها هنا فكان للقاضي ان يفرض ذلك من طريق الاعانة لصاحب الحق
وان جحدهما او احدهما ولا علم للقاضي به لا يفرض لما ذكرنا في الزوج
ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوي الرحم المحرم نفقتهم في مال الغايب
لان نفقتهم من طريق الصلة المحضة اذ ليس لهم حق في مال الغايب
اصلا الا ترى انه ليس لاحدهم ان يمد يده الى مال صاحبه فياخذ
وان مسته حاجته من غير قضاء القاضي لكان الفرض قضاء على الغايب
من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال من جنس النفقة
فليس لهم ان ينفقوا بانفسهم وليس للقاضي ان يبيع على الغايب
في النفقة على هو لا العقار بالاجماع والحكم في العروض مبني
بيعا من الانفاق او الاختلاف وفي بيع الاب العروض خلاف نذكره
في نفقة الاقارب واما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض
حتى لو كان معسرا ولطلبت المراة الفرض من القاضي فرض عليه
اذا كان حاضرا ويستدين عليه فتنفق على نفسها لان الاعسار لا يمنع
وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض واذا طلبت المراة من القاضي
الفرض على زوجها الحاضر فان كان قبل النقلة وهي بحيث لا تمتنع من
التسليم او كان امتناعها بحق فرض القاضي لها اعانة لها على الوصول
الى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وان كان بعد ما حولها
الى منزله فزعمت انه ليس ينفق عليها او شكت التضييق في
النفقة فلا ينبغي له ان يعجل بالفرض ولكنه يامره بالنفقة والتوسع
لان ذلك من باب الامساك بالمعروف وانه مامور به ويأتي في الفرض
ويتولى الزوج الانفاق بنفسه الا ان يظهر ظلمه بالترك والتضييق

في النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويامره ان يدفع النفقة
اليها فتنفق هي بنفسها على نفسها ولو قالت ايها القاضي انه يريد
ان يغيب فخذ لي منه الكفيل بالنفقة لا يجبره القاضي على اعطاء الكفيل
لان نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا اجبر على الكفيل بدين واجب
فكيف بغير واجب والى هذا اشار ابو حنيفة فقال لا اوجب عليه
كفيلا بنفقة لم تجب لها بعد وقال ابو يوسف استحسن ان ياخذ
لها منه كفيلا بنفقة شهر لانا نعلم بالعادة ان هذا القدر يجب في الشهر
لان السفر يمتد الى شهر والجواب ان نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان
تكفيلا بما ليس بواجب فلا اجبر عليه ولكن لو اعطاها كفيلا جاز لان
الكفالة بما يجب على قول ابي حنيفة واما الثالث وهو بيان ما يصير دينا
النفقة دينا في ذمة الزوج فنقول اذا فرض القاضي لها النفقة كل شهر
او تراضيا على ذلك ثم منعها الزوج اشهرا عن بيان كان اوحاضرا فلها
ان تطالبه بنفقة ما مضى لانها لما صارت دينا بالفرض او بالتراضي
صارت في استحقاق المطالبة بها كسائر الديون بخلاف نفقة الاقارب
اذا مضت المدة ولم يوجد انها تسقط لانها لا تصير دينا راسا لان
وجوبها للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب
كما لو استغنى بماله قاما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وان
كانت مقدرة بالكفاية الا ترى انها تجب مع الاستغناء بان كانت موسرة
وليس في مضي الزمان الا الاستغناء ولو انفقت من مالها بغير الفرض
او التراضي لها ان ترجع على الزوج لان النفقة صارت دينا عليه
وكذا اذا استدانت على الزوج سواء كانت استدانتها باذن القاضي او
بغير اذنه غير انها اذا كانت بغير اذن القاضي كانت المطالبة
عليها خاصة ولم يكن للغريم ان يطالب الزوج بما استدانت وان
كانت باذن القاضي لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين
هو فائدة اذن القاضي بالاستدانة ولو فرض للحاكم النفقة على

الزوج

الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المراة حبسه له ان
يحبسه لان النفقة لما صارت دينا عليه بالقضاء صارت كسائر الديون
الا انه لا ينبغي ان يحبسه في اول مرة تقدم عليه بل يوخر الحبس
الى مجلسين او ثلاثة يعظه في كل مجلس يقدم عليه فان لم يدفع
حبسه حينئذ كما في سائر الديون لما نذكر في كتاب الحبس ان شاء الله
تعالى وان حبس لاجل النفقة فما كان من حبس النفقة سلمه القاضي
اليها بغير رضاه بالاجماع وما كان من خلاف الحبس لا يبيع عليه
شيئا من ذلك ولكن يامره ان يبيع بنفسه وكذا في سائر الديون في
قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يبيع عليه وهي مسئلة
الحجر على المفلس الناقل نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى
فان ادعى الزوج انه قد اعطاها النفقة وانكرت فالقول قولها
مع يمينها كما في سائر الديون ولو اعطاها الزوج مالا فاختلفا
فقال الزوج هو من المهر وقالت هي هو من النفقة فالقول قول
الزوج الا ان تقيم المراة البينة لان التمليك منه فكان هو اعرف
بجهة التمليك كما لو بعث اليها شيئا فقال هو هدية وقالت هو من
المهر فالقول قوله الا في الطعام الذي يوكل لما قلنا كذا هذا ولو كان
للزوج عليها دين فاحتسبت من نفقتها جاز لكن برضى الزوج
لان المقاصة انما يقع بين الدينين المتماثلين الا ترى انه لا يقع بين
الجيد والردي ودين الزوج اقوى بدليل انه لا يسقط بالموت ودين
النفقة يسقط بالموت فاشبه الجيد بالردي فلا بد من المقاصة
بخلاف غيرها من الديون والله اعلم **فصل** واما بيان ما يستقر
به وجوبا وصيرورتها دينا في ذمة الزوج فالمستقر لها هو
وجوبا قبل صيرورتها دينا في الذمة ولحد وهو مضي الزمان
من غير قضاء القاضي والتراضي واما المستقر لها بعد صيرورتها
دينا في ذمة الزوج فامور منها الابراء عن النفقة الماضية لانها لما

صارت في زمنه كان الابراء اسقاطا للدين واجب فيصح كما في سائر
الديون ولو ابرات عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الابراء
لانها تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان فكان الابراء منها
اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب ايضا
وهو حق الحبس لانه يتجدد ويتجدد الزمان فلم يصح وكذا تصح
هبة النفقة الماضية لانها هبة الدين تكون ابراء عنه فيكون اسقاط
دين واجب فيصح ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا ومنها موت احد
الزوجين حتى لو مات الرجل قبل اعطاء النفقة لم يكن للمرأة ان تأخذ
من ماله ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها ان يأخذوا لما ذكرنا انها
تجري مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة
فان كان الزوج اسلفها نفقتها وكسوتها حتى مات قبل مضي
ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشيء في قول ابي حنيفة
وابي يوسف سواء كان قائما او مستهلكا وكذلك لو ماتت هي لم
يرجع الزوج في تركتها عندهما وقال محمد لها حصة ما مضى من
النفقة والكسوة ويجب رد العين ان كان قائما وان كان هالكا
فلا شيء بالاجماع وروى بن رستم عن محمد انها ان كانت قبضت
نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشيء وان كان المفروض
اكثر من ذلك رفع عنها نفقة شهر فما دونه وردت ما بقي وجه
هذه الرواية ان الشهر فما دونه في حكم القليل فصار كنفقة الحال
وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين وجه ظاهر
قول محمد رحمه الله ان هذه النفقة لشبه الاعواض تسلم لها
بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالاجارة اذا عجل المستأجر الا جرة
ثم مات احدهما قبل تمام المدة وجه قولهما ان هذه صلة اتصل بها
القبض فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلات المفروضة
واما قوله انها تشبه الاعواض نعم لكن بوصفها لا باصلها الا ترى انها

تسقط بالموت قبل القبض بلا خلاف بين اصحابنا لاعتبار معنى الصلة
فيراعى فيهما المعنيان جميعا فراعينا معنى الاصل قبل القبض فقلنا
انها تبطل بالموت قبل القبض كالصلات وراعينا معنى الوصف
بعد القبض فقلنا لا يثبت الرجوع كالاعواض اعتبارا للاصل و
الوصف جميعا على ما هو الاصل في العمل بالشبهين عند الامكان
والله اعلم **فصل** واما نفقة الاقارب فالكلام فيها يقع
في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات وفي بيان وجوب
هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب
وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب اما الاول وهو بيان
الوجوب فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة انواع القرابات
فنقول وبالله التوفيق القرابة في الاصل نوعان قرابة الولاد
وقرابة غير الولاد نوعان ايضا قرابة محرمة للنكاح كالاخوة
والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني
الاعمام والاخوال والخالات ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة
الولاد اما نفقة الوالدين فلقوله تعالى وقضى ربك الا تعبدوا
الا اياه وبالوالدين احسانا اي امر ربك وقضى ربك الا
تعبدوا الا اياه وامر وقضى بالوالدين احسانا والانفاق
عليهما حال فقرنهما من احسن الاحسان وقوله ووصينا الانسان
بوالديه حسنا وقوله ان اشكر لي ولوالديك والشكر للوالدين
هو المكافاة والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام
لامر انفسهما عن الحوائج لهما وادرار النفقة عليهما حال عجزهما
وحاجتهما من باب شكر النعمة فكان واجبا وقوله وصاحبهما في
الدنيا معروفا وهذا في الوالدين فالمسلمان اولى والانفاق عليهما
عند الحاجة من اعرف ولا نقل اذ والد كناية عن كلام فيه ضرب ايذاء
ومعلوم ان معنى التأذي بترك الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة

الولد الكبر فكان النهي عن التافيف نهيا عن ترك الانفاق دلالة
كما كان نهيا عن الشتم والضرب دلالة وروي عن جابر بن
عبد الله رضي الله عنه ان رجلا جا الي رسول الله صلي الله عليه
وسلم ومعه ابوه فقال يا رسول الله ان لي مالا وان لي اباوله
مال وان ابي يريد ان ياخذ مالي فقال النبي صلي الله عليه وسلم
انت ومالك لابيك اضاف مال الابن الي الاب بلام الملك فظاهره يقتضي
ان يكون للاب في مال الابن حقيقة الملك فان لم تثبت الحقيقة فلا اقل
من ان يثبت له حق التملك عند الحاجة وروي عن النبي صلي الله
عليه وسلم انه قال ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من
كسبه فكلوا من كسب اولادكم اذا احتجتم اليه بالمعروف والحديث
حجة باوله واخره اما باخره فظاهر فانه عليه السلام اطلق للاب
الاكل من كسب ولده اذا احتاج اليه مطلقا عن شرط للاذن
والعرض فوجب القول به واما باوله فلان معني قوله وان
ولده من كسبه اي كسب ولده من كسبه لانه جعل كسب الرجل
اطيب المأكول والمأكول كسبه لا نفسه واذا كان كسب ولده كسبه
كانت نفقته فيه لان نفقة الانسان من كسبه ولان ولده كما كان
من كسبه كان كسب ولده كسبه وكسب كسب الانسان كسبه ككسب
عبده المأذون فكانت نفقته فيه واما نفقة الولد فلقوله تعالي
والوالدات يرضعن اولادهن الي قوله وعلي المولود له رزقهن
وكسوتهن اي وكسوتهن اي رزق الوالدات المرضعات فان
كان المراد الولدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة
فنصها ايجاب نفقة الرضاع علي المولود له وهو الاب لاجل الولد
كما في قوله تعالي فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وان كان المراد
سنن المنكوحات او المطلقات المعتدات فانما ذكر النفقة والكسوة
في حال الرضاع وان كانت المراة تستوجب ذلك من غير ولد لانها

تحتاج

تحتاج الي فصل الطعام وفصل كسوة لكان الرضاع الاتري ان الماء ان تقطر
لاجل الرضاع اذا كانت مباعة لزيادة حاجتها الي الطعام لسبب الولد ولان
الانفاق عند الحاجة من باب احياء المنفق عليه والولد جزء الوالد واحياء
نفسه واجب لذا احياء جزوه واعتبار هذا المعني يوجب النفقة من الجانبين
ولان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع والانفاق
من باب الصلة فكان واجبا وتركه مع قدرة المنفق وتحقق حاجة المنفقة
عليه يفضي الي القطع فكان حراما واختلف في وجوبها في القرابة المحرمة
للنكاح سوي قرابة الولاد قال اصحابنا يجب وقال مالك والشافعي
لا يجب غير ان مالكا يقول لا نفقة الا علي الاب للابن والابن للاب
حتي قال لا نفقة علي الجد للابن الابن ولا علي ابن الابن للجد وقال الشافعي
تجب علي الوالدين والمولودين والكلام في هذه المسئلة بنا علي ان
هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا خلافا لهما وعلي هذا
بني العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقة وهي من مسائل القناة
وسنذكرها هناك ان شا الله تعالي ثم الكلام في المسئلة علي سبيل الابتدا
احتج الشافعي فقال ان الله تعالي اوجب النفقة علي الاب لا غير بقوله
وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله في القرب
يلحق به والافلا ولا يقال ان الله تعالي قال وعلي الوارث مثل ذلك لو روي
عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وجماعة من التابعين
انه معطوف علي النفقة والكسوة لا غير لا علي ترك المضارة معناه وعلي
الوارث مثل ما علي المولود له من النفقة والكسوة ومصداق هذا القول
انه يجعل عطفا علي هذا لكان عطف الاسم علي الاسم وانه شايع ولو عطف
علي ترك المضارة لكان عطف الاسم علي الفعل فكان الاول اولي ولانه
لو عطفا جعل عطفا علي قوله لا تضار لكان من حق الكلام ان يقول
والوارث وجماعة من اهل التاويل جعلوه عطفا علي الكلام من النفقة
والكسوة وترك المضارة لان الكلام كله معطوف بعضه علي بعض فجرف

الوارث وانه حرف جمع فتصير الكلمة مذكورة في حالة واحدة فتصير قوله
ذلك الي الكلام وعلي الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وان لا //
يضارها ولا تضاره في النفقة وغيرها وبه تبين رجحان هذين القولين
علي قول ابن عباس رضي الله عنهما علي ان ما قاله ابن عباس ومن
تابعه لا ينفي وجوب النفقة علي الوارث بل يوجب لان قوله لا تضار
والدة بولدها نهي عن المضارة مطلقا في النفقة وغيرها فاذا كان
معني اضرار الوالد الوالدة بترك الانفاق عليها او بانتزاع الولد
منها وقد امر الوارث بقوله وعلي الوارث مثل ان لا يضارها فانما
يرجع ذلك الي مثل ما لزم الاب وذلك يقتضي ان لا يجب علي الوارث
ان يسترضع الوالدة باجر مثلها ولا يخرج الولد من يدها الي يد غيرها
اضرارا بها واذا ثبت هذا فظاهر الاية يقتضي وجوب النفقة والكسوة
علي كل وارث او علي مطلق الوارث الا من خص او قيد به دليل واما
القرابة التي للبنت محرمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء
خلافا لابن ابي ليلي واحتج بظاهر قوله تعالي وعلي الوارث مثل
ذلك من غير فصل بين ذلك وارث ووارث وانا نقول المراد منه
الوارث من الاقارب الذي له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفنا ذلك
بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلي الوارث ذي الرحم
المحرم مثل ذلك لان وجوبها في الولد معلولا بكونه صلة الرحم صيانة
لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها
ولم يوجد فلا يجب ولهذا لا يثبت الحق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا
يمتنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق **فصل** واما
سبب وجوب هذه النفقة اما نفقة الولاد فسبب وجوبها هو
الولاد لان به ثبت الجزئية والبعضية والانفاق علي المحتاج احياله
ويجب علي الانسان احياء كله وجزئه وان شئت قلت وجوب نفقة
الاقارب من الوالدين والمولودين وغيرهما من الرحم المحرم القرابة

المحرمة لانه اذا حرم قطعها حرم كل سبب يفضي الي القطع وترك الانفاق
من الرحم المحرم مع القدرة وحاجة المنفق عليه يفضي الي قطع الرحم
فيحرم الترك واذا حرم الترك وجب الوصل ضرورة واذا عرف
هذا فنقول الحال في القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو اما ان كانت
حال الانفراد واما ان كانت حال الاجتماع فان كانت حال الانفراد
فان لم يكن هناك غير يجب عليه النفقة الا واحدا يجب كل النفقة عليه
عند اجتماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجود كل النفقة
عليه وهو الولاد اله الرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم وان كانت
حال الاجتماع فالاصل انه اذا اجتمع الاقرب والابعد في النفقة
علي الاقرب في قرابة الولاد وغيرها من المحرم الرحم وان استويا
في القرب ففي قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه اخر وتكون
النفقة علي من وجد في حقه نوع رجحان ولا تنقسم النفقة //
عليهما علي قدر الميراث وان كان كل واحد منهما وارثا وان لم يوجد
الترجيح فالنفقة عليهما علي قدر ميراثهما واما في غيرها من الرحم
من الرحم المحرم فان كان الوارث احدهما والاخر محجوبا فالنفقة علي
الوارث ويترجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا فالنفقة
عليهما علي قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقة في قرابة الولاد
تجب حق الولادة لا حق الورثة قال الله تعالي وعلي المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف علق وجوبها باسم الولاد وفي غيرها من
الرحم المحرم يجب بحق الوارثة لقوله تعالي وعلي الوارث مثل ذلك
علق الاستحقاق بالارث فيجب بقدر الميراث ولهذا قال اصحابنا
ان من اوصي لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم //
للذكر مثل حظ الانثيين ولو اوصي لولد فلان كان الذكر والانثي
فيه سواء فدل به ما ذكرنا وبيان هذا الاصل اذا كان له ابن وابن
ابن فالنفقة علي الابن لانه اقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن

موسرا فالنفقة علي الابن ابدا اذا لم يكن زمنا لانه هو الاقرب
والسبيل الي ايجاب النفقة علي الابعد مع قيام الاقرب الان القاضي
يامر ابن الابن بان يودي عنه علي ان يرجع عليه اذا يسر فيصير
الابعد نائبا عن الاقرب في الاداء ولو ادي بغير امر القاضي لم يرجع
ولو كان الاب له اب واحد فالنفقة علي الاب لا علي الجد لان الاب
اقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا فنفقة علي الاب اذا
لم يكن زمنا لكن يومر الجد بان ينفق ثم يرجع علي الاب اذا يسر
فيصير الابعد نائبا وكذا اذا كان له اب وابن ابن فالنفقة علي الاب
لانه اقرب الا انه اذا كان الاب معسرا غير زمن وابن الابن موسرا
فانه يودي عن الاب بامر القاضي ثم يرجع عليه اذا يسر ولو كان
له اب وابن فنفقته علي الابن لا علي الاب وان استويا في القرب
وترجح الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الاب فيكون له حق في
كسبه وكون ماله مضافا اليه شرفا لقوله صلي الله عليه وسلم
انت ومالك لابيك ولا يشارك الولد في نفقة والدة احدا قلنا
وكذا في نفقة والدته لعدم المشاركة في السبب وهو الولاد
والاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان احدا في نفقة
جده وجدته عند عدم الاب والام لان الاب يقوم مقام الاب
عند عدمه والجدة تقوم مقام الام عند عدمها ولو كان له ابنان
فنفقته عليهما علي السوا وكذا اذا كان له ابن وبنت ولا //
يتصل الذكر علي الانثي في النفقة لاستوائهما في سبب الوجوب
وهو الولاد ولو كان له بنت واخت فالنفقة علي البنت
لان الولاد لها وهذا يدل علي ان النفقة لا تقدر بالميراث
لان الاخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا
تجب علي الابن نفقة منكوحة ابيه لانها اجنبية عنه الا ان
يكون الاب محتاجا الي من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة

امراته

امراته لانه يومر بخدمة الاب بنفسه او بالاجير ولو كان للصغير ابوان
فنفقته علي الاب لا علي الام بالاجماع وان استويا في القرب والولاد
ولا يشارك الاب في نفقة ولده احد لان الله تعالي خص تسميته بكونه
مولودا له واضاف الولد اليه بلام الملك وخصه بايجاب نفقة الولد
الصغير عليه بقوله وعلي المولود له رزقهن ويجبر زق الوالدات
المرضعات سمي الام والدة والام مولودا له وبقوله فان ارضعن
لكم فاتوهن اجورهن خص الاب بانيا اجر الرضاع بعد الطلاق
وكذا اوجب في الايتين كل نفقة الرضاع علي الاب لولده الصغير
وليس وراء الكل شيء ولا يقال ان الله تعالي قال وعلي المولود له
رزقهن ثم قال وعلي الوارث مثل ذلك والام وارثة فيقتضي ان
تشارك الاب في النفقة كسائر الورثة من ذوي الرحم المحرم
ولمن قال اوصيت لفلان من مالي بالف درهم واوصيت لفلان
مثل ذلك ولم يخرج الوصيان من الثلث انهما يشتركان فيه
كذا هذا وانا نقول لما جعل الله تعالي كل النفقة علي الاب بقوله
وعلي المولود له رزقهن تعذر ايجابها علي الام حال قيام الاب فيحمل
علي حال عدمه ليكون عملا بالنصين من كل وجه في حالين ولم يوجد
مثل هذا في سائر ذوي الرحم المحرم وفي باب الوصية لا يمكن العمل
بكل واحدة من الوصيتين في حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما
في حالة واحدة فيلزم القول بالشركة ضرورة ولو كان الاب معسرا
غير عاجز عن الكسب والام موسرة فالنفقة علي الاب لكن يومر
الام بالنفقة ثم ترجع علي الاب اذا يسر لانها تصير دينا في ذمته
اذا انفقت بامر القاضي ولو كان للصغير اب وام فالنفقة علي الاب
اذ اليسر لانها تصير دينا والحضانة علي الجدة لان الام لما شاركت
الاب في النفقة ولده الصغير مع قدرتها فالجدة مع بعدها اولي فاذا
اذا كان الولد صغيرا تفيزا وله ابوان موسران فاما اذا كان كبيرا وهو ذكر

فتيز عاجز عن الكسب فقد ذكرنا في كتاب النكاح ان نفقته ايضا على الاب
خاصة وذكر الخصاف انها على الاب والام اثلاثا ثلثاها على الاب وثلثها
على الام وجه ما ذكره الخصاف ان الاب انما خص بالايجاب النفقة عليه لانه
الصغير لاختصاصه بالولاية وقد زالت ولانه بالبلوغ فيزول الاختصاص
فتجب عليهما على قدر ميراثهما ووجه رواية كتاب النكاح ان تخصيص
الاب بالايجاب حالة الصغير لاختصاصه بالولاية وقد زالت
ولاية بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما بتسمية يكون
مولود الد وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير واعتبار
الولاية والارث في هذه النفقة غير سديد لانها تجب مع اختلاف
الدين ولا ولاية ولا ارث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجد احد
في نفقة ولد الا عند عدم ولده لانه يقام مقام ولده عند عدمه ولا
يشارك الزوج في نفقة زوجته احد لانه لا يشاركه احد في سبب
وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر
وابن موسر من غير هذا الزوج او اب موسر او اخ موسر فنفقتها على
الزوج لا على الاب والابن والاخ بان ينفق عليها ثم يرجع على الزوج
اذا ايسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لانهما
استويا في القرابة والوراثة ولا ترجيح لاحدهما على الاخر من وجه فكانت
النفقة عليهما على قدر الميراث السدس على الجد والباقي
على ابن الابن كالميراث ولو كان له ام وجد فالنفقة عليهما اثلاثا
الثلث على الام والثلثان على الجد على قدر ميراثهما وكذلك اذا كان
له ام واخ لاب وام اولاب او ابن اخ لاب وام اولاب او عم لاب وام او
لاب كانت النفقة عليهم اثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الاخ وابن
الاخ والعم وكذلك اذا كان له اخ لاب وام واخت لاب وام كانت
النفقة عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له اخ لاب وام واخ لام
فالنفقة عليهما تكون اسداسا سدسها على الاخ لام وخمسة اسداسها

على

على الاخ لاب وام ولو كان له اجد وجدة كانت النفقة عليهما اسداسا
على قدر الميراث ولو كان عم وعمة فالنفقة على العم لانهما استويا
في القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث فترجح بكونه وارثا ولذلك
لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان له عمة وخالة او خال فالنفقة
عليهما اثلاثا ثلثا على العم والثلث على الخال او الخالة ولو كان له خال
وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم لانهما استويا في سبب
الوجوب وهو الرحم المحرم القطع اذ الخال هو ذو الرحم واستحقاق
الميراث للترجيح بكون بعد الاستواء في كون العلة ولم يوجد ولو كان
له عمة وخالة وابن عم فعلى الخال الثلث وعلى العمة الثلثان لاستوا
في سبب استحقاق الارث فتكون النفقة بينهما على قدر الميراث
ولا شيء على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق في حقه وهو القرابة
المحرمة القطع ولو كان ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على
الاخوات على خمسة اسهم ثلاثة اسهم على الاخت لاب وام وسهم
على الاخت لاب وسهم على الاخت لام على قدر الميراث ولا نفقة
على ابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه فيلحق
بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسة اسهم كذا
النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة اخوة متفرقين فالنفقة على الاخ
لاب وام وعلى الاخ لام على قدر الميراث اسداسا لان الاخ لاب
لا يرث معهما فيلحق بالعدم ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على
العم لان العم يتبنا واهما في سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما
بكونه وارثا ان الميراث له لانهما فكانت النفقة عليه لا عليهما وان
كان العم معسرا فالنفقة عليهما لانه كميت والاصل في هذا
ان كل من كان يجوز جميع الميراث وهو معسر جعل كالميت واذا جعل
كالميت كانت النفقة على البالغين على قدر سواريثهم وكل من كان يجوز
بعض الميراث لا جعل كالميت فكانت النفقة على قدر سواريثهم من يرث

يبها

مع بيان هذا الاصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز
عن الكسب او هو صغير وله ثلاثة اخوات متفرقين فنفقة الاب
على اخيه لابيه وامه ثم على اخيه لامه اسداسا اسداسا سدس النفقة
على الاخ لام وخمسة اسداسها على الاخ لاب وام ونفقة الولد
على الاخ لاب وام خاصة لان الابن عجز جميع الميراث فتجعل //
كالميت فتكون النفقة على الاخوين على قدر ميراثهما وميراثهما
من الاب هذا فاما الابن فوارثه العم لاب وام لا للعم لاب ولا للعم
لام فكانت النفقة على عمه لاب وام ولو كان للرجل ثلث اخوات
متفرقات كانت نفقة عليهن اخماسا ثلثه اخماسها على الاخت لاب
وام وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام على قدر //
موارثهن ونفقة الابن على عمته لاب وام لانها هي الوارثة منه
لا غير ولو كان مكان الابن بنت والمسئلة في حالها فنفقة الاب
على الاخوات المتفرقين على اخيه لابيه وامه وعلى الاخوات
المتفرقات على اخته لابيه وامه لان البنت لا تحرز جميع الميراث
فلا حاجة الى ان تجعل والميتة فكان الوارثة معها الاخ لاب وام
لا غير والاخت لاب وام لا غير لان الاخ والاخت لام لا يرثان مع
الولد والاخ لاب لا يرث مع الاخ لاب وام والابنة لاب لا ترث
مع البنت والاخت لاب وام لان الاخوات مع البنات عصبة بقدم
الاقرب فلا ترث فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت
على العم لام وام او على العمة لاب وام لانهما وارثاها خلاف
الفصل الاول لان هناك لا يمكن ايجاب النفقة على الاخوة
والاخوات ان لا يجعل الابن كالميت لانه عجز جميع الميراث //
فسد الحاجة الى ان يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث
الابنة للاخ لاب وام وللاخ لام اسداسا وللاخوات اخماسا
تكذا النفقة وعلى هذا الاصل مسايل **فصل** واما شرايط

وجوب

وجوب عدة النفقة فانواع بعضها يرجع الى المنفق عليه خاصة و
بعضها يرجع الى المنفق خاصة وبعضها يرجع عليهما وبعضها يرجع الى
غيرهما اما الذي يرجع الى المنفق عليه خاصة فانواع ثلاثة احدها
اعسار فلا يرجع الموسر على غيره بنفقة في قرابة الولادة وغيرها من
الرحم المحرم لان وجوبها معلولا بحاجة المنفق عليه فلا يجب لغير المحتاج
ولانه اذا كان غنيا لا يكون هو باحجاب النفقة له على غيره اولى من ايجاب
عليه لغيره لينتفع التعارض فيمتنع الوجوب بل اذا كان يستغني لماله كان
ايجاب نفقة في ماله اولى من ايجابها في مال غيره بخلاف نفقة الزوجات
انها تجب للزوجة الموسرة لان وجوب تلك النفقة لدفع الحاجة بدليل
انها تجب بالاعواض فيستوي فيها المعسرة والموسرة كثمن البيع والمهر واجب
في حد المعسر الذي تستحق النفقة قبله هو الذي لا تحل له الصدقة ولا تجب
عليه الزكوة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة
على قدر سعة الموسر فيه اختلاف الروايتين في رواية لا يستحق حتى لو كانت احدا
لا يؤمر الاخ بالانفاق عليهما وكذا اذا كانت بنتا او اما وفي رواية يستحق
وجه الرواية الاولى ان النفقة لا تجب لغير المحتاج وهو لا غير محتاجين
لانه يملك الاكتفاء بالادنى بان يبيع المنزل كله او بعضه ويكتري منزلا
ويكتفي باكراه والبيع للخادم وجه الرواية الاخرى ان بيع المنزل لا
يقع الا نادرا وكذا لا يمكن لكل احد السكنى باكراه بالمنزل المشترك في
وهذا هو الصواب ان لا يؤمر احد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالانفاق
عليه الا ترى انه حل الصدقة لهما ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير
اذا كان له مال كانت نفقته في ماله لا على الاب وان كان الاب موسرا
فان كان المال حاضرا بيد الاب انفق منه عليه وينبغي ان يشهد على
ذلك لئلا يقول لم يشهد فربما ينكر الصبي اذا بلغ فيقول انك انفقت من
مال نفسك لا من مال فيصدق القاضي لان الظاهر ان الرجل الموسر
ينفق على ولده من مال نفسه وان كان لولده مال فكان الظاهر شاهد

للولد تسيط حق الاب وان كان المال غايبا ينفق من مال نفسه بامر القاضي
اياه بالانفاق ليرجع او يشهد على انه ينفق من مال نفسه على ولده فاذا اموه
القاضي بالانفاق من ماله ليرجع او يشهد عليه انه ينفق ليرجع فقد بطل
الظاهر وتبين انه انما انفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقتراض
ماله من الصبي فيملكه الرجوع وهذا لقضاء فيما بينه وبين الله
تعالى فليسعه ان يرجع من غير امر القاضي والاشهاد بعد ان لزي تقليده
انه ينفق ليرجع لانه اذا لزي صار ذلك دينا على الصغير وهو يملك اثبات
الدين عليه لانه يملك اقتراض ماله منه والله تعالى عالم بنيته فجاز له
الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى والله اعلم والثاني عجزه عن الكسب بان
كان به زمانة او لعه افلج او عمي او جنون او كان مقطوع اليدين او اشلم او
مقطوع الرجلين او مفتوق العينين او نحو ذلك من العوارض الذي يمنع من
الاكتساب حتى لو كان صحيحا مكتسبا لا ينبغي ان تفقة على غيره
الا الاب خاصة والجد عند عدمه فانه يقضي بالنفقة وان
كان قادرا على الكسب لقيد ان كان معسرا على ولده الموسر وكذا
نفقة الجد على ولد ولده اذا كان موسرا وانما كان كذلك لان المنفق
عليه اذا كان قادرا على الكسب كان مستغنيا بكسبه فكان غناه بكسبه
كغناه بماله فلا تجب نفقته على غيره الا الوالد لان الشرع نفي الولد
عن الحاق اوفى الايذاء بالوالدين وهو التافيف بقوله ولا تقل لهما
اف ومعنى الاذى في الزام الوالد الكسب مع غنا الولد اكثر فكان
اولى بالنفي ولم يوجد ذلك في الابن ولهذا لا يحبس الرجل
بدين ابنه اذا لد ويحبس بدين ابيه ولان الشرع اضاف مال الابن الى الاب
بلام الملك فكان ماله كماله وهذا هو كسب كسبه فكان لكسبه كغناه
لنفقة فيه والقاضي الطلب والخصومة بين يدي القاضي
في احد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه لانها
لا تجب بدون قضاء القاضي والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة

واما

واما الذي يرجع الى المنفق خاصة فكيساره في قرابة غير الولاد من
الرحم المحرم فلا تجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وان كان قادرا
على الكسب لان وجوبها من غير الصلة والصلات تجب على الاغنياء لا على
الفقراء واذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة
ذوي الارحام فلا بد من معرفة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب
هذه النفقة روي عن ابي يوسف انه اعتبر فيه نصاب الزكوة فان
ابن سماعة قال في نوادره سمعت ابا يوسف قال لا اجبر على
نفقة ذوي الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكوة
ولو كان معه ما يبقى درهم الا درهم وليس له عيال ولا اخت
يحتاجه لا اجبره على نفقتهما وان كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر
خمسين درهما وروي عن هشام عن محمد انه قال اذا كان له نفقة شهر
وعنده فضل نفقة شهر له ولعياله اجبر على نفقة ذي الرحم المحرم
قال محمد واما من ليس له شيء وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفي
منه باربع دوانيق فانه يرجع لنفسه ولعياله ما يتسع به وينفق
فضله على من يجب نفقته وجه رواية هشام عن محمد ان من كان
عنده كفاية شهر فما زاد عليها فهو غني عنه في الحال والشهر
يتسع للاكتساب فكان عليه صرف الزيادة الى اقاربه وجه
قول ابي يوسف ان نفقة ذي الرحم صلة والصلاة انما تجب عليه
الاغنياء كالصدقة وحد الغني في الشريعة ما تجب فيه الزكاة
وما قال محمد اوفق وهو انه اذا كان له كسب دايم وهو غير
محتاج الى جمعة فما زاد على الكفاية تجب صرف الى اقاربه
كفضل ماله اذا كان مالا ولا يعتبر النصاب لان النصاب انما
في وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبد فلا مبني
لاعتبار النصاب فيهما وانما يعتبر فيها امكان الاداء ولو طلب
الفقير العاجز عن الكسب من ذي الرحم المحرم منه نفقة فقال

انا فقير وادعي انه غني قادر فالقول قول المطلوب لان الاصل
هو الفقر والغنى عارض فكان الظاهر شاهدا له فمحمد محتاج الي
الفرق بينه وبين نفقة الزوجات والفرق له ان الاقدام علي
النكاح دليل القدرة فبطلت شاهدة الظاهر واما في فرابة
الولاد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط ليساره لوجوب
النفقة عليه بل قدرته علي الكسب كافية حتي يجب عليه نفقة
اولاده الصغار والكبار الزكور والرمني الفقر والاناث الفقيرات
وان كن صحيحات وان كان معسرا بعد ان كان قادرا علي الكسب
لان الانفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب احيا وهم
احيا وهم احيا نفسه لقيام الجزية والبضعة واحيا نفسه واجب
وان كان لهم جد موسر لم تفرض النفقة علي الجد ولكن يؤمر
الجد بالانفاق فليهم ثم يرجع علي ابنه لان النفقة لا تجب علي
الجد عند وجود الاب اذا كان الاب قادرا علي الكسب الا تري
انه لا تجب عليه نفقة ابنه فنفقة اولاده اولي وان لم يكن الاب
قادرا علي الكسب بان كان زمنا قضي بنفقتهم علي الجد لان
عليه نفقة ابيهم فكذا نفقتهم وروي عن ابي يوسف انه قال
في صغير له وكه لد محتاج وهو زمن فرضت نفقته علي قرابته
من قبل ابيه دون قرابته من قبل امه وكل من اجبرته علي نفقة
الاب اجبرته علي نفقة الغلام اذا كان الاب زمنا لان الاب اذا
كان زمنا كانت نفقته علي قرابته فكذا نفقة ولده لانه جزوه
قال فان لم يكن له قرابة من قبل ابيه قضيت بالنفقة علي ابنه
وامرت الحال ان ينفق عليه ويكون ذلك دينا علي ابيه ووجه
الفرق بين قرابة الاب وقرابة الام ان قرابة الاب تجب عليهم
نفقة الاب اذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام
فلا تجب عليهم نفقة الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يترك له

احد

احد في نفقة ولده وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر
في كسبه فان كان فيه فضل عن قوته يجبر علي الانفاق علي الاب من
الفضل لانه قادر علي احيائه من غير خلل يرجع اليه وان كان لا يفضل
من كسبه شئ يؤمر فيما بينه وبين الله تعالي ان يواسي اباه اذا لم يجبر
ان يترك اباه ضائعا جايعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر
علي ان ينفق عليه ويفرض عليه النفقة اذا طلب الاب الفرض او يدخل
عليه في النفقة اذا طلب الاب ذلك قال عامة الفقهاء لا يجبر وقال
بعضهم يجبر عليه واحتجوا بما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال
لو اصابت الناس السنة لادخلت علي اهل كل بيت مثلهم فان الناس
لن يهلكوا علي انصاف بطونهم وقال النبي صلي الله عليه وسلم
طعام الواحد يكفي الاثنين وجه قول العامة ان الجبر علي الانفاق
والاشتراك في نفقة الولد المعسر يودي الي اعجازه عن الكسب لان الكسب
لا يقوم الا بكمال القوة وكمال القوة بكمال الغذاء فلو جعلناه نصفين
لم يقدر علي الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعا وذكر في الكتاب ان رأيت
لو كان الابن ياكل من طعام رجل غني يعطيه كل يوم رغيفا او رغيفين
اليؤمر الابن ان يعطي احدهما اباه هذا الا ليؤمر به ولو قال الاب للقاضي
ان ابني هذا قادر علي ان يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق علي
لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقي ينظر القاضي في ذلك
فان كان الاب صادقا في مقالته امر الابن بان يكتسب فينفق علي
ابيه وان لم يكن صادقا وعلم انه غير قادر علي الكسب زيادة تركه
هذا اذا كان الولد واحدا فان كان له اولاد صغار وزوجة لا يفضل
من كسبه شئ ينفق علي ابيه فطلب الاب من القاضي ان يدخله
في النفقة علي عياله يدخله القاضي هاهنا لان ادخال الواحد علي
الجماعة لا يخل بطعامهم خللا بينا بخلاف ما اذا دخل الواحد علي الواحد
هذا اذا لم يكن الاب عاجزا عن الكسب فاما اذا كان عاجزا عنه بان كان

زمانا يشارك الابن في قوته ويدخل عليه فيأكل معه وان لم يكن له عيال لانه ليس في المشاركة خوف الهلاك وفي ترك المشاركة خوف هلاك الاب فتجب المشاركة ولذلك الامر اذا كانت فقيره تدخل علي ابنها فتأكل معه لكن لا يفرض لها عليه نفقة على حدة والله اعلم

واما الذي يرجع اليهما جميعا فنوعان احدهما اختلاف الدين في غير قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة فاما في قرابة الولاد فاختلاف الدين فيهما ليس بشرط فتجب على المسلم نفقة ابويه وابنائه من اهل الذمة وتجب على الذمي نفقة اولاده الصغار الذين اعطي لهم حكم الاسلام باسلام ابيهم ونفقة اولاده الكبار المسلمين الذين هم من اهل استحقاق النفقة على ما ذكرنا ووجه الفرق من وجهين احدهما ان وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا يجب صلة رحم غير الوالد عند اختلاف الدين ويجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدي بقتل اخيه الحربي ولا يجوز له ان يبتدي بقتل ابيه الحربي وقد قال الله تعالى في الوالدين الكافرين وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير الوالدين والثاني ان وجوب النفقة في قرابة الولاد لحق الولادة لما ذكرنا ان الولاده توجب الجزية والتبعيض بين الوالد والولد والولد دون الاختلاف باختلاف الدين ولا اختلاف للحكم المتعلق بدو الوجوب في غيرها من الرحم المحرم تجب الوراثة ولا توارث عند اختلاف الدين فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان احدهما ذمي والاخر مسلم فنفقته عليهما على السوا لما ذكرنا ان نفقة الولاده لا تختلف باختلاف الدين والثاني اتحاد الدار في غير قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين الذمي الذي في دار الاسلام وبين الحربي لاختلاف الدارين ولا بين الذمي والمستامن في دار الاسلام لحوائج يقضيها ثم يعود

الا ترى ان الامام يمكنه من الرجوع الي دار الحرب ولا يمكنه من احالة الاقامة في دار الاسلام لان الحربي وان كان مستامنا ولم يهاجر المنبا وهذا ليس بشرط في قرابة الولادة ووجه الفرق بينهما على نحو ما ذكرنا من الوجهين احدهما ان الوجوب في هذه القرابة حق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب في قرابة الولاد والثاني ان الوجوب هناك تجب الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين والوجوب هناك حق الولاد والولاد لا يختلف واما الذي يرجع الي غيرهما فقضاء القاضي في ايجاب نفقة وهي النفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي ولا يشترط ذلك في نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب بطريق الاحياء لما فيهما من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والتبعيض بين المنفق والمنفق عليه ويجب على الانسان احيا نفسه بدفع الهلاك عن نفسه لا يقف وجوبه على قضاء القاضي واما نفقة سائر ذوي الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية وانما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها على قضاء القاضي بخلاف نفقة الزوجات لان لهما شبها بالاعواض فمتى وجبت هي صلة لم تصر دينا من غير قضاء ومن حيث هي عوض تجب من غير قضاء عملا بالشبهين وهذا يخرج ما اذا كان الرجل غائبا وله مال حاضر ان القاضي لا يأمر احدا بالنفقة من ماله الا الابوين الفقيرين واولاده الصغار الفقراء الذكور والاناث والكبار الذكور الفقراء العاجزين عن الكسب والاناث الفقيرات والزوجة لانه لا حق لاحد في ماله الا لهؤلا الا ترى انه ليس لغيرهم قضاء على الغائب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون اعانة ثم ان كان للمال حاضر اعند هؤلا

وكان النسب معروفا او علم القاضي بذلك امرهم بالنفقة منه لان
نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضي فكان الامر من القاضي بالانفاق
اعانة لا قضاء وان لم يعلم بالسبب فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند
القاضي بالبينة لا تسمع منه البينة لا يكون قضاء على الغايب من
غير ان يكون عنه خصم حاضر وكذلك ان كان لدين لقيط عند
انسان وهو مقر بما امرهم القاضي بالانفاق منهما وكذا اذا
كان لدين على انسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد
او المديون اليهم بغير اذن القاضي يضمن واذا دفع باذنه لا يضمن
وكذا الامر للجد ولد الولد حال وجود الاب والولد لا عنهما حال وجود
منزلة وهي الارحام وبامرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام
الاب عند عدمه وولد الولد يقوم مقام الولد عند عدمه وان كان
صاحب اليد او المديون منكرا فاراد ان يقيموا البينة لم يلتفت القاضي
الى ذلك لما ذكرنا فان انفق الاب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال
للاب كنت موسرا وقال الاب كنت معسرا ينظر الى حال الاب وقت
الخصومة فان كان معسرا فالقول قوله وان كان موسرا فالقول
قول الابن لان الظاهر استدامة حال اليسار والاعسار والتغير
خلاف الظاهر فيجعل حكما فيحكم فصار هذا كالاجير مع المستاجر
اذا اختلفا في جريان الماء انقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا كذا
هذا فان اقام البينة فالبينة بينة الابن لانها تثبت امرا
بدا وهو الفناء هذا اذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم
والدنانير والطعام ونحوها فان كان من غير جنسها فالقاضي
لا يبيع على الغايب العقار لاجل القضاء بالانفاق وكذا الاب الا اذا
كان الولد صغيرا فيبيع العقار واما العروض فهل يبيعها القاضي
فالامر موقوف على ما ذكرنا من الانفاق والاختلاف وهل يبيعها الاب
قال ابو حنيفة يبيع مقدار ما يحتاج اليه لا الزيادة على ذلك وهذا استحسان

وقال

وقال ابو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تبيع مال ولدها
الصغير والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون مال الابوين وجه قولهما وهو
القياس ان لا ولاية للاب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الاقارب
سواء ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض ولابي حنيفة ان في بيع
العروض نظرا للولد الغايب لان العروض مما يخاف عليه الهلاك
فكان البيع حفظا لها والاب عليه النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك
بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الى حفظه بالبيع فبقي
بيعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع اضاف مال الولد
الى الولد وسماه كسبا له فلئن لم يظهر ذلك في حقيقة الملك فلا
اقل من ان يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجة والله اعلم

فصل واما مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الاقارب مقدرة بالكفاية
بلا خلاف لانها تجب للحاجة فتتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت
عليه نفقة غيره يجب عليه المأكل والمشرب والملبس والرضاع
ان كان رضيعا لان وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الاشياء
فان كان المنفق عليه خادم يحتاج الى خدمته تفرض له ايضا لان ذلك
من جملة الكفاية **فصل** واما كيفية وجوبها فمقدرة النفقة تجب
على وجه لا تصير دينا في الذمة اصلا سواء فرضها القاضي ام لا بخلاف
نفقة الزوجات فانها تصير دينا في الذمة بفرض القاضي او بالتراضي حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر
ولم يأخذ ليس له ان يطالب بها بل تسقط وفي نفقة الزوجات
للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة العسر وقد ذكرنا
وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات فبقي الفرق بين النفقتين
في اشياء منها ما وصفناه انفا ان نفقة الزوجة تصير دينا بالقضاء
او بالرضا ونفقة الاقارب لا تصير دينا اصلا وراسا ومنها ان نفقة
الاقارب او كسوتهم اذا بقيت بعد مضي المدة لا تجب اخرى وفي نفقة

الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجملة في نفقة الزوجات
وعنهما انه اذا عجل نفقة مدة في الاقارب فمات المنفق او المنفق عليه
قبل تمام المدة لا يسترد شيء منها بالاجماع وفي نفقة الزوجات خلاف
محمد ويحبس في نفقة الاقارب كما يحبس في نفقة الزوجات اما غير
الاب فلا اشكال فيه واما الاب فيحبس في نفقة الولد ولا يحبس في
سائر ديونه لان ايذاء الاب حرام في الاصل وفي الحبس ايذاوه الا
ان في النفقة ضرورة وهي ضرورة رفع الهلاك عن الولد اذ لو لم
ينفق عليه لهلك فكان هو باعتناع من الانفاق عليه كالقاعد
اهلاكه فدفع قصده بالحبس وحمل هذا القدر من الايذاء لهذه
الضرورة وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون ولانها هنا
ضرورة اخرى وهي ضرورة استدراك هذا اللحق اعني النفقة
لانها تسقط بمضي الزمان فتفوت الحاجة الى الاستدراك بالحبس
لان الحبس يحمله فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس يفوت حقهم
راسا فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك اللحق صيانة عن
الفوات وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون لانها لا تفوت
بمضي الزمان فلا ضرورة الى التدارك بالحبس ولهذا قال اصحابنا
ان الممتنع من القسم يضرب ولا يحبس بخلاف سائر الحقوق ولذا
الجواب الاب وان علا لانه يقوم مقام الاب عند عدمه **فصل**
واما بيان المسقط لما بعد الوجوب فالمسقط لما بعد الوجوب هو
مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض الماضي نفقة
شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت
النفقة لما ذكرنا ان هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها
الا بالقبض او ما يقوم مقامه والله اعلم **فصل** واما نفقة الرقيق
فالكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان وجوب هذه النفقة وفي
بيان سبب وجوبها وفي بيان شرط الوجوب وفي بيان قدر الواجب

وفي

وفي بيان كيفية الوجوب اما الاول فوجوبها ثابت بالكتاب والسنة و
الاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى وما ملكت ايمانكم معطوفا
على وبالوالدين احسانا امرا بالاحسان الى المماليك امرا بتوسيع
النفقة عليهم لان المرء لا يترك اصل النفقة على مملوكه لمشقة على ملكه
وقد يقدر في الانفاق عليه لكونه مقهورا في يده فامر الله تعالى الساداة
بتوسيع النفقة على مماليكم شكرا لما انعم الله عليهم حيث جعل من
هو من جوهرهم وامثالهم في الخلقة خدما وحولا اذ لا حاجة اليهم
ليستخدموهم ويستعملوهم في حوائجهم واما السنة فما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصي بالمملوك خيرا ويقول اطعموهم
مما تأكلون والبسوهم مما تكسون ولا تكلفوهم ما لا يطيقون
فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن انس
رضي الله عنه قال كان آخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين
حضرته الوفاة الصلاة وما ملكت ايمانكم وجعل صلى الله عليه وسلم
يغرغر بها في صدره وما يفيض بها على لسانه وعليه اجماع الامة
ان نفقة المملوك واجبة واما المعقول فهو انه عبد مملوك لا يقدر
على شيء فلو لم يجعل نفقته على مولاه لهلك **فصل** واما
سبب وجوبها فالملك لانه يوجب الاختصاص بالمملوك
انتفاعا وتصرفا اذ هو نفس الملك فاذا كانت منفعته للمالك كانت
مؤنته عليه اذ الخراج بالضمان وعلى هذا ينبني انه لا يجب على العبد
نفقة ولده لعدم الملك لان امه ان كانت حرة فهو حر وان كانت امة
فهو ملك مولاها فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو
وما في يده لمولاه والمولى اجنبي عن هذا الولد فكيف تجب النفقة
في مال الغير لملك الغير وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده المملوك بان
تزوج حرائر غيره فولدت ولدا لانه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة
مملوك غيره ولو اعتق عبده بطلت نفقته لبطلان سبب الوجوب

وهو الملك ثم ان كان بالغا صحيحا فنفقته في كسبه وان كان صغيرا
او زمنا قالوا ان نفقته في بيت المال لانه واحد من المسلمين حر عاجز
لا يعرف له عني قريب وبيت المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا
اللقيط اذا لم يكن معه مال فنفقته في بيت المال لما قلنا وقالوا في صغير
في يد رجل قال لرجل هذا عبدك اودعتنيه فجحد قال محمد رحمه الله
استحلفه بالله ما اودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذي هو في يده
لانه اقر برقه ثم اقر لغيره وقد رد الغير اقراره فبقي في يده واليد
دليل الملك فيلزمه نفقته قال محمد رحمه الله وان كان كبيرا لم استحلفه
المدعي عليه لانه اذا كان كبيرا كان في يد نفسه فكان دعواه هذا
فيقف الامر على دعوى الكبير فكل من ادعى عليه انه عبده وصدقه
فعليه نفقته ولو كان المملوك بين شريكين فنفقته عليهما على
قدر ملكيهما وكذلك لو كان في ايديهما كل واحد منهما يدعي ان
له ولا بينة لهما عليهما وقالوا في الجارية المشتركة بين اثنين
اتت بولد فادعاه المولييان ان نفقته هذا الولد عليهما وعلى الولد
اذا كبر نفقة كل واحد منهما لان كل واحد منهما اب كامل في حقه
والله اعلم **فصل** واما شرط وجوبها فمنها ان يكون الرقيق مملوكا
المنافع والمكاسب للمولى فان لم تكن فلا تجب عليه نفقته فيجب
على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وام الولد لان اكسابهم ملك
المولى ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه غير مملوك المكاسب لمولاه
الا ترى ان الله احق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه كالحر فكانت نفقته
في كسبه كالحر وكذا معتق البعض لانه بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفة
وعندهما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لان الانسان وجد نفقته
لاخر تفقة على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة لان منفعة
لصاحب الخدمة ونفقة الرهن على الراهن لان ملك الدار والمنفعة
له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية على

المستعير

المستعير لان ملك المنفعة في زمان العارية له اذ الاعيان تملك المنفعة
ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لان منافعه حدثت على ملك
الغاصب بعض طريق احيانا حتى لم تكن مضمونة على الغاصب
فكانت نفقته عليه ولان رد المغصوب على الغاصب مؤنة الرد عليه
لكونها من ضرورات الرد والنفقة من ضرورات الرد لانه لا يمكنه الرد
الا بالاستيفاء به ولا يبقى عاده الا بالنفقة فكانت النفقة من مؤنات
لكونها من ضرورانه فكانت على الغاصب والله اعلم **فصل**
واما مقدار الواجب منها فمقدار الكفاية لان وجوبها للكفاية
فكان تقدير الكفاية كنفقة الاقارب **فصل** واما كيفية وجوبها
فانها تجب على وجه لا يجبر عليها في ظاهر الرواية لكن يفتى فيما
بينه وبين الله تعالى ان ينفق عليهما وروي عن ابي يوسف
انه يجبر عليها لان في تركه حبسا بالتعذيب الحيوان بلا فائدة ويضيع
المال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله ولانه سفه لخلوه
عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلا وحد ظاهر الرواية ان الجبر
على الحق يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم
فلا جبر ولكن يجب فيما بينه وبين الله تعالى لما قاله ابو يوسف
واما نفقة الجمادات كالدور والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولانفقة
ايضا لوجوب الاذى اذا كان يضيع المال فيكره له ذلك والله الموفق

كتاب الحضانة

الكلام في هذا الكتاب
في مواضع في تفسير الحضانة وفي بيان من له الحضانة وفي بيان مدة
الحضانة وفي بيان مكان الحضانة اما الاول فالحضانة في اللغة
تستعمل في معنيين احدهما في جعل الشيء في ناحية يقال حضنت
الرجل عن الشيء اذا اخذته وجعلته في ناحية منه والثاني الضم الى
الجنب يقال احضنته واحتضنته اذا ضممته الى جنبك والحضن الجنب
فحضانة الام ولدها هي ضمها اياه الى جنبها واخذ الماء اياه من ابيه

ليكون عندها فيقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا تجبر الام عليه
الرضاعة الا ان لا يوجد من يرضعه فتجبر عليه وهذا قول عامة العلما
وقال مالك ان كانت شريفة لا تجبر وان كانت دنية تجبر والصحيح
قول العامة لقوله تعالى في المطلقات فان ارضعن لكم فاتوهن
اجورهن جعل اجر الرضاع على الاب لا على الام فدل ان الارضاع
ليس على الام وقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
اي رزق الوالدات المرضعات فان اريد به المطلقات فقيد الله لا
ارضاع على الام حيث اوجب بدل الارضاع على الاب مع وجود الام وان
اريد به المنكوحات كان المراد منه والله اعلم ايجاب زيادة نفقة
على الاب للام المرضعة لاجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحة من
غير ولد ولان الارضاع انفاق على الولد ونفقة الولد يختص بها الوالد
لا تشاركه فيها الام لنفقته بعد الاستغنا فكما لا تجب عليه نفقته بعد
الاستغنا لا تجب عليها قبله وهذا في الحكم واما في الفتوى فينبغي بانها
ترضع لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها قيل في بعض وجوه التا
اي لا تضار بولدها بان ترميه على الزوج بعد ما عرفها والفهما
ولا ترضعه فيتضرر الولد ومتى تضرر الولد تضرر الوالد
لانه يتالم قلبه وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده اي لا يضار
المولود له بسبب الاستيلاد بولده كذا قيل في بعض وجوه التاويل
ولان النكاح عقد ازواج وذلك لا يحصل الا باجتماعهما على مصالح
النكاح منها ارضاع الولد فينبغي به ولكنهما ابت لا تجبر عليه لما قلنا
الا اذا كان لا يوجد من يرضعه فحينئذ تجبر على الرضاعة ولو لم
يجبر عليه لهلك الولد وان التمس الاب ان يولده مرضعا فاراد
الام ان ترضعه بنفسها فهي اولى لانها اشفق عليه ولان في انتزاع
الولد ضررا بالام وانه منهي لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها
قيل في بعض الاقاويل لا يضارها الزوج بانتزاع الولد منها وهي تريد

اساكه وارضاعه فان اراد ان تاخذ على ذلك اجرا في صلب النكاح لم
يجز لها ذلك لان الارضاع وان لم يكن مستحقا عليها في الحكم فهو مستحق
في الفتوى ولا يجوز اخذ الاجر على امر مستحق لانه يكون رشوة ولانها
قد استحقت نفقة النكاح واجرة الرضاع بمنزلة النفقة نفقتين ولان
اجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظائر البيت وهو نفقة
البيت تحصل للزوجة فلا يجوز لها ان تاخذ عوضا عن محمد يحصل
لها حتى لو استاجرها على ارضاع ولده من غيرها جاز لان ذلك غير
واجب عليها فلا يكون اخذ الاجرة على فعل واجب عليها وكذا ليس
في حفظه نفقة ترد اليها لانه لا يجب عليها ان تسكنه معها
وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها اخذ الاجرة كما
لا يجوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم
من كل وجه واما المبتوتة فنهار وابان في رواية لا يجوز لها
ان تاخذ الاجر لانها مستحقة للنفقة والسكنى حال قيام العدة
فلا يحل لها الاجرة كما لا يحل للزوجة وفي رواية يجوز لان النكاح
قد زال بالابانة فصارت كالاجنبية واما اذا انقضت عدتها
فلها ان تستاجر اجرة الرضاع وقال الاب اجر من يرضع بغير اجر او
باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له
اخرى ولان في الزام الاب ما ليس من جنسه الا جنبية كذا ذكر في بعض
التاويلات ولكن يرضع عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق
الضرر بالام والله اعلم **فصل** واما بيان من له الحضانة فان
الحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والاصل فيها
النساء لانهن اشفق وارفق واهدى الى تربية الصغار ثم يصرف
الى الرجال لان الرجال على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار
اقدر ولكل واحد منهما شرط فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما
اما التي للنساء فمن شرطها ان تكون المراة ذا رحم محرم من الصغير

فلاحضانة لبنات العم والخال وبنات العمة وبنات الخالة لان مبنى
الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يقدم
فيهما الاقرب فالاقرب فاحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة
الام لانها اقرب منها ثم ام الام ثم ام الاب لان للجدتين وان استويا
في القرب لكن احديهما من قبل الام وهذه الولاية مستفادة من قبل
الام فكان من يدلي بقرابة الام كان اولى لانها تكون اشفق
ثم الام اولى من الاخت لان لها ولادا فكانت ادخل في القرابة
وكذا هي اشفق واولى الاخوات الاخت لاب وام ثم الاخت لام
ثم الاخت لاب وام تدلي بقرابتين فترجح على الاخت لام بقرابة
الاب وترجح الاخت لام لانها تدلي بقرابة الام فكانت اولى من
الاخت لاب واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في الاخت لاب
مع الخالة ايتهما اولى روى في كتاب النكاح ان الخالة اولى وهو قول
محمد وزفر وروى عنه في كتاب الطلاق ان الاخت اولى وجه الرواية
الاولى ما روي ان بنت حمزة لما ارادت علي رضي الله عنه عسكت به
وقالت ابنة عمي فاختصم فيها علي وجعفر وزيد ابن حارثة
فقال علي بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها عندي
وقال زيد بنت حارثة بنت اخي اخيت بيني وبين حمزة يا رسول
الله فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة
والدة فقد سمى الخالة والدة فكانت اولى وجه الرواية الاخرى
ان الاخت لاب بنت الاب والخالة بنت الجد فكانت الاخت اقرب فكانت
اولى وبنت الاخت لاب وام اولى من الخالة لانها من ولد الابوين
وكذا بنت الاخت لام لانها من ولد الام والخالة ولد الجد وكذا بنت الاخت
لاب اولى من الخالة على الروايات الاخيرة لانها من ولد الاب والخالة ولد
الجد فكانت اولى واما على الرواية الاخرى فلا شك ان الخالة تتقدم عليها
لانها تتقدم على امها وهي الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهي البعد

من

من امها اولى وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلي بقرابة
الذكور والخالة تدلي بقرابة الام فكانت الخالة اولى من بنات الاخ لان بنت
الاخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الام فكانت الخالة اولى وبنات
الاخ اولى من العمات وان كان كل واحدة منهما اعني بنت الاخ و
العمات تدلي بمن لا حق لها في الحضانة ولكن ابنة الاخ اقرب فكانت
اولى ثم الخالات اولى من العمات وان تساوين في القرب لان الخالات
تدلين بقرابة الام فكن اشفق واولى الخالات الخالة لاب وام لانها
تدلي بقرابتين ثم الخالة لام لادلائها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم
العمات وذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق ان ام الاب اولى من
الخالة في قول ابي يوسف وقال زفر الخالة وجه قول زفر قول
النبي صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وجه قول ابي يوسف ان ام الاب
لها ولاء والولاية في الاصل تستفاد كالولاد واولى العمات العمة
لاب وام لانها تدلي بقرابتين ثم العمة لام لانتصالها بجهة الام
ثم العمة لاب واما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن
في الحضانة لعدم الرحم المحرم والله اعلم ومنها ان لا تكون ذات
زوج اجنبي من الصغير فان كانت فلا حق لها في الحضانة و
اصله ما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة اتت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ابني هذا كان بطني
له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ويزعم ابوه ان ينزعه مني
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تنكحي وعن سعيد
بن المسيب انه قال طلق عمر رضي الله عنه ام ابنه عاصم فلقيهما و
معها الصبي فنازعها واراد ان ينتزعه الى ابي بكر رضي الله عنه فقضى ابو بكر
بعاصم لامه ما لم يشب او تتزوج وقال ان ريحها وفراشها خير له
لشب او تتزوج وذلك بمحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولان الصغير
يلحقه الخبا والذلة من قبل الرجال لانه ينقصه لغيرته وينظر اليه فصار المقيم

عليه من المؤن ولتعذر عليه التفقد فيتضرر به حتى لو تزوجت بذي
رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها من الحضانة كالجدة اذا تزوجت
بجد الصبي ام الام تزوجت بعم الصبي لانه لا يلحقه الخبا منهما الوجود
المانع من ذلك وهو العزابة الباعثة على الشفقة ولو مات عنها زوجها
او ابانها عاد حقها في الحضانة لان المانع قد زال فيزول المنع ويعود
حقها وتكون هي اولى ممن هي اسفل منها كما كانت ومنها عدم ردتها
لو ارتدت من الاسلام بطل حقها في الحضانة لان المرتد يحبس حتيه
فيتضرر به الصبي ولو تاب فاسلمت يعود حقها لزوال المانع
وسئل محمد رحمه الله عن النساء اذا اجتمعن ولهن ازواج قال
يضمه القاضي حيث شاء لانه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له
ومنها ان تكون حرة فلا حق للامة وام الولد في حضانة الولد
الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليسا من اهل الولاية فاما
اذا اعتقتا فلهما في الحضانة كالحرة لانهما استفادتا الولاية حالة
العتق واهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة اهل الاسلام لان هذا
الحق انما يثبت نظرا للصغير والله لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا
اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير
والله لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت
هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت في الحضانة
كالمسلم كذا ذكر في الاصل لما قلنا وكان ابو بكر الرازي يقول انها احق
بالصغير حتى يعقلا فاذا عقلا اسقط حقها لانا نتعود هما اخلاق الكفرة
وفيه ضرر عليهما والله الموفق **فصل** واما وقت الحضانة التي
من قبل النساء فالام والجدة ان احق بالصغير حتى يستغني عنهن
فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وذكر داود بن رشيد
عن محمد وسيوطا وحد يريد بالاستنجاء ويستنجي وحده ولم يقدر
في ذلك تقديرا وذكر الخصاف سبع سنين او ثمان سنين او نحو ذلك واما

الجارية

الجارية فهن احق بها حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية وحكي هشام
عن محمد حتى تبلغ او تشتهي وانما اختلف حكم الغلام والجارية لان
القياس ان تتوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعا
لانه ضرب ولاية يثبت للام فلا ينتهي الا بالبلوغ كولاية الاب في المال
الا انا تركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة لما روينا ان ابا بكر
رضي الله عنه قضى لعاصم بن عمر لامه لما لم يشب عاصم او تتزوج
امه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فتركنا
القياس في الغلام باجماع الصحابة فبقي الحكم في الجارية على اصل القياس
ولان الغلام اذا استغنى يحتاج الى التاديب والتخلق باخلاق الرجال
وتحصيل انواع الفضايل واكتساب اسباب العلوم والاب على ذلك
اقوم واقدر عليه فلا حق للام لو بقي في يدها لتخلق باخلاق النساء وتعود بشيء من
وفيه ضرر به وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الام بل تمس
الحاجة الى الترك في يدها الى وقت البلوغ لحاجتها الى تعلم اداب
النساء والتخلق باخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك الا وان
تكون عند الام ثم بعد ما حاضت او بلغت عند الام حد الشهوة تقع
الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها ممن يطمع فيها لكونها لحما
على وضم فلا بد من يذب عنها والرجال على ذلك اقدر واما غير هؤلاء
من ذوات الرحم المحرم من الاخوات والخالات والعمات اذا كان
الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو انها تترك
في يد من الى ان تاكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها
ثم تسلم الى الاب احترازا عن الوقوع في المعصية واما التي للرجال
فاما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام الى وقت البلوغ وبعد الحيض في
الجارية اذا كانت عند الام او الجدتين واذا كانت عند غيرهن فما بعد
الاستغناء فيهما جميعا الى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وانما وقت
هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير والصغيرة لان ولاية الرجال على الصغار

والصغار بزوال الصغر بالبلوغ غير ان الغلام اذا كان غير مامون عليه فللاب
ان يضمه الى نفسه ولا يخلي سبيله لئلا يكتسب شيئا عليه وليس عليه
نفقته الا ان يتطوع فاما اذا بلغ عاقلا واجتمع رايه واستغنى عن الاب
وهو مامون عليه فلا حق للاب في امساكه كما ليس له ان يمنعه من
ماله فيخلي سبيله فيذهب حيث شاء والجارية اذا كانت ثيبا وغير
مامونة على نفسها لا يخلي سبيلها ويضمها الى نفسه وان كانت مامونة
على نفسها فلا حق له فيهما ويخلي سبيلهما وتترك حيث احبت
وان كانت بكرا لا يخلي سبيلها وان كانت مامونة على نفسها لاعتادها مجمع
كل طامع ولم تحتنك الرجال فللاب ومن عليها الخداع واما شرطها فمن شرائط
العصوبة فلا يثبت الا للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب
الاب ثم الجد اب الاب وان علا ثم الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام
ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وام ثم العم لاب ثم ابن العم لاب ان كان الصبي
غلاما وان كان جارية فلا تسلم اليه لانه ليس بمحرم لها لانه يجوز له
نكاحها فلا يؤمن عليها فاما الغلام فانه عصبته واحق به ممن هو
بعده ثم عمه ثم لاب وام ثم عم الاب لاب ثم عم الاب لجد لاب ولو
كان ثلاثة اخوة كلهم على درجة واحدة فاضلهم صلاحا وورعا اولى
فان كانوا سواء في ذلك فاكبرهم سنا اولى بالحضانة فان لم يكن للجارية
من عصباتها غير ابني العم اختار لها القاضي افضل المواضع لان الولاية
في هذه الحالة اليه فيراعي الاصلح وكل ذكر من قبل النساء لا حق له في
الولد مثل الاخ لام والخال والاب الام لانعدام العصوبة وقال محمد رحمه
الله وان كان للجارية بن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضي
عند الخال لانه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم اولى والاخ من الاب
احق من الخال لانه عصبة وهو ايضا اقرب لانه من اولاد الاب والخال من
اولاد الجد وذكر الحسن بن زياد ان الصبي اذا لم يكن له قرابة من جهة ابيه
من الرجال والنساء فالام اولى من الخال والاخ لام لان لهما ولادا وهي استحق

ممن لا ولاد له من ذوي الارحام ومنهما اذا كانت الصغيرة جارية
ان تكون عصبتها ممن يؤمن عليها فان كان لا يؤمن لفسقه وخيانته
لم تكن له فيهما حق لان في كفالته لهما ضررا عليهما وهذه ولاية نظر فلا
تثبت مع الضرر حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مامونين على نفسهما
ومالهما لا تسلم اليهم وينظر القاضي من المسلمين امراة ثقة عدلة امينة
فيسلمهما اليه الى ان تبلغ فتتزوج حيث احبت وان كانت بكرا ومنهما
اختار الدين فلا حق للعصبة في الصبي الا ان تكون على دينه كذا ذكر
محمد رحمه الله وقال هذا قول ابي حنيفة وقياسه لان هذا الحق لا يثبت
الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا في الاخوين اذا كان
احدهما مسلما والاخر يهوديا والصبي يهودي ان البهودي اولى لان
عصبته لا المسلم والله الموفق ولا خيار للغلام والجارية اذا اختلف الابوان
فيهما قبل البلوغ عندها وقال الشافعي يخير الغلام واذا اعتمد التخيير و
احتج بما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه ان امراة اتت رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقالت ان زوجي يريد ان ينزع ابنه مني فاختاره الله
قد نفعني وسقاني من بير ابي عتبة فقال ليستهما عليه فقال الرجل من
ينتزع مني ابني فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام اختر ايهما شئت
فاختار امه فاعطاها اياه ولانه في هذا نظر الغلام لانه يختار الاشفق
ولنا ما روينا من رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للغلام انت احق بدرهمك
تنكحني ولم يخير ولانه في تخيير الصبي ليس بحكم لانه لغلبة هواه يميل
الى اللذة العاجلة من اللعاب والكسل والهرب من الكتاب وتعلم الادب
النفس ومعالم الدين فيختار ستر الابوين وهو الذي يميل له ولا يوجد منه
واما حديث ابي هريرة رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ
لا عند قالت قد نفعني وسقاني من بير ابي عتبة ومعنى قولها نفعني
اي كسب علي والبالغ هو الذي يقدر على الكسب وقد قيل ان بير ابي
عتبة بالمدينة لا يملك الصغير الا استقا منها فدل ان المراد منه التخيير

في حق البالغ ونحن به نقول ان الصبي اذا بلغ يخير والدليل عليه ما روى عن عمارة بن ربيعة المخزومي رضي الله قال عزا ابي عز البحرين فنقل فجاء عمي ليذهب بي فجاء صمصمة اي الى علي رضي الله عنه وهو اخ لي صغير فخيرني علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت اي فاتى عمي فوكز على رضي الله عنه بيده وضرب به بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي ايضا خير فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ **فصل** واما بيان مكان الحضانة فمكان الحضانة مكان الزوجين اذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو اراد الزوج ان يخرج من الولد البلد فاراد اخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ليس له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا انها احق بحضانته منه فلا يملك انتزاعه من يدها فاما فيما وراء ذلك من ابطال حقها فصلا من الاخراج من البلد وان اراد ت المراة ان تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره فللزوج ان يمنعها من الخروج سواء كان منها ولدا اولم يكن لان عليها المقام في بيت زوجها وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد بدونه ولا يجوز للزوج ان يخرجها لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة واما اذا كانت منقضية العدة فاراد ت ان تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه الى بلد اخر فهذا على اقسام اذا اراد ت الخروج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك سواء ان تزوج كوفية بالكوفة ثم تنقلا الى الشام فولد ت اولادا ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت عدتها فاراد ت ان تنتقل اولادها الى الكوفة فلها ذلك لان المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرضى وهو التزوج بمبلغ بلدها الا ان من تزوج امراة في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق الا ان النكاح ما دام قائما يلزمها اتباع الزوج فاذا زال فقد زال المانع وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها ان تنتقل ولدها

الى

الى بلدها بان تزوج امراة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فاراد ت ان تنتقل اولادها الى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه اذا لم يقع النكاح في بلدها لم يوجد الرضى بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بضرر التفريق وان اراد ت ان تنتقل الولد الى بلد ليس ذلك بلدها ولكن وقع النكاح فيه كما اذا تزوج كوفية بالشام فنقلها الى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فاراد ت ان تنتقل اولادها الى الشام ليس لها ذلك كذا ذكره الاصل لان ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس بعد لها ولا بلد الزوج بل دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق فاعتبر في الاصل شرطين احدهما ان يكون البلد الذي يريد ان ينقل اليه الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه فما لم يوجد الا يثبت لها ولاية النقل وروي عن ابي يوسف انه لم يعتبر ذلك واعتبر مكان العقد فقط والى هذا اشار محمد في الجامع الصغير فقال وانما انظر في هذا الى عقدة النكاح اين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد رحمه الله في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا رحمه الله وان اجمل المسئلة في الجامع وقد فسرها في الاصل على الوجه الذي وصفنا والمجمل يحمل على المفسر ويكون المفسر بيانا للمجمل كالنص المجمل من الكتاب والسنة اذا التحق به التفسير انه يصير مفسرا من الاصل كذا هذا وانه الموافق لهذا اذا كانت المسافة بين البلدتين بعيدة فاما اذا كانت قرية جنب المصر الا ان يزور الولد ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كثير ضرر بالنقل كالنقل الى اطراف البلد واما اهل السواد فالحكم في السواد كالحكم في المصر في جميع الفصول الا في فصل واحد وبيانه ان النكاح اذا وقع في الرستاق فاراد ت المراة ان تنتقل الصبي الى قريتها ولا الى القرية التي وقع فيها النكاح اذا كانت بعيدة لما ذكرنا في المصر

وان كانت على التفسير الذي ذكرنا فلهما ذلك لملك المصر وان كان الاب
متوطنا في المصر فاراد ت نقل الولد الى القرية وان كان تزوجها فيها
وهي قريتها فلهما ذلك وان كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا في المصر وان
لم تكن تلك قريتها فان كانت قريبة ووقع اصل النكاح فيها فلهما ذلك
وان كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا في المصر وان كان لم يقع النكاح فيها
فليس لهما ذلك وان كانت قريبة من المصر بخلاف المصريين لان اخلاق
اهل السواد لا تكون مثل اخلاق اهل المصر بل تكون اجفى فيتخلق الصبي
باخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الاب دليل الرضا بهذا الضرر
اذا لم يقع اصل النكاح في القرية والله اعلم وليس للمراة ان تنقل ولدها
الى دار الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد ان يكون
زوجها مسلما او ذميا لان في ذلك اضرارا بالصبي لانه يتخلق باخلاق
الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حربيين فلهما ذلك لان الصبي تبع لهما
وهما من اهل دار الحرب والله اعلم

كتاب العتاق

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في مواضع في بيان انواع
الاعتاق وفي بيان ركن الاعتاق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان صفة
الاعتاق وفي بيان حكم الاعتاق وفي بيان وقت ثبوت حكمه وفي بيان
ما يظهر به الاعتاق اما الاول فالاعتاق في الجملة الاولى ينقسم الى اربعة
اقسام واجب ومندوب اليه ومباح ومحظور اما الواجب فالاعتاق في
كفارة القتل والظهار واليمين والافطار الا انه في باب القتل والظهار
والافطار واجب على التعيين قال الله تعالى في كفارة القتل والظهار فتحرير
رقبة وفي كفارة اليمين او تحرير رقبة والامر بصيغة المصدر كقوله تعالى
فضرب الرقاب وقوله والوالدات يرضعن اولادهن وقوله والمطلقات
يتربصن بانفسهن ونحو ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم في كفارة
الافطار اعتق رقبة واما المندوب اليه فهو الاعتاق لوجه الله تعالى من
غير اجياب لان الشرع ندب الى ذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما مومن اعتق مومنا في الدنيا اعتق
الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن واثلة بن الاسقع قال اتينا
رسول الله صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا قد اوجب فقال صلى الله عليه وسلم
اعتقوا عنه يعتق الله بكل عضو منه من النار وعن ابن يحيح السلمي
قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطائف فسمعته يقول من رمى
بسهم في سبيل الله فله درجة في الجنة ومن شاب مشيبة في الاسلام
كانت له نورا يوم القيامة وايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان له
وفاكا كل عظم من عظام محررة من النار وايما امراة مسلمة اعتقت
امراة مسلمة اعتقت امراة مسلمة كان لها وفاكا كل عظم من عظام محررتها
من النار وعن البرين عازب رضي الله عنه قال جا اعرابي الى النبي صلى
الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمني عملا يدخلني الجنة فقال عليه السلام
اعتق النسمة وفك الرقبة قال اوليسا واحدا فقال لا اعتق النسمة
ان تفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين في تكاكها واما المباح فهو الاعتاق
من غير نية لوجود معنى الابتذال وهي تخيير العاقل بين تحصيل الفعل
وتركه شرعا واما المحظور فهو ان يقول لعبده انت حر لوجه الشيطان
يقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان لبيان
الغرض ويتقسم ايضا اقساما اخر نذكرها في مواضعها ان شا الله تعالى
والله الموفق

فصل

واما ركن الاعتاق فهو اللفظ الذي جعل
دلالة على العتق في الجملة او ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج الى بيان الالفاظ
التي يثبت بها العتق في الجملة اما مع النية واما بدون النية والى بيان
ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق والى بيان ما لا يثبت به العتق
من الالفاظ اما الاول فالالفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة تنقسم
ثلاثة اقسام صريح وملحق بالصريح وكناية اما الصريح فهو اللفظ
المشتق من العتق او للحرية او الولا نحو قوله اعتقتك او حررتك او انت
عتيق او معتق او انت مولاي لان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر

المعنى مكشوف عند السامع وهذه الالفاظ بهذه الصفة اما لفظ العتق
والحرية فلا شك فيه لانه لا يستعمل الا في العتق فكان ظاهر المراد عند السماع
فكان صريحا فلا يفتقر الى النية لصريح الطلاق اذ النية لتعيين المحتمل
واما لفظ المولى فلو كان من الالفاظ المشتركة في الاصل لوقوعه
على مسميات مختلفة الحدود والحقايق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما
فانه يقع على الناصر وقال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا
وان الكافرين لا مولى لهم ويقع على ابن العم قال الله تعالى حكاية عن
نبيه زكريا عليه السلام واني خفت الموالي من ورائي ويقع على المعتق
والمعتق لكن ها هنا لا يحتمل معنى الناصر لان المولى لا يستنصر بعبده
ولا ابن العم اذ كان العبد معروف النسب ولا المعتق اذ العبد لا يعتق
مولاه فتعين العتق مرادا به والمشترك بتعيين بعض الوجوه التي
يحتمله مرادا به ليصير صحيحا في العتق فلا يحتاج الى النية
كقوله انت حر او عتيق وكذا اذا ذكر هذه الالفاظ بصيغة النداء بان
قال يا حر يا عتيق يا معتق لانه نادى بما هو صالح في الدلالة على المعتق
لكون اللفظ موضوعا للعتق والحرية ولا يعتبر المعنى في الموضوعات
فيثبت العتق من غير نية كقوله انت حر او عتيق او معتق وذكر محمد
رحمه الله انه لو كان اسم العبد حرا وعرف بذلك الاسم فقال له يا حر
لا يعتق لانه اذا كان مسمى بذلك الاسم معروفا به فالنداء جار على
الاسم العلم لا على الصفة وكذا اذا قال له يا مولاي يعتق عليه عندهما
الثلاثة وقال زفر لا يعتق من غير نية وجه قوله ان قوله يا مولاي يحتمل
العطف ويحتمل التحقيق فلا يحمل على التحقيق الا بالنية كقوله يا سيدي
ويا مالكي ولنا ان نداء العبد باسم المولى لا يراد به تعطف العبد واكرامه
عادة وانما يراد به الاعتاق فيحمل عليه كانه قال له انت مولاي ولو قال
ذلك لعتق علمه كذا هذا بخلاف قوله يا سيدي ويا مالكي لان هذا قد يذكر
على وجه التعظيم والاكرام فلا يثبت به العتق من غير نية وعلل محمد

رحمه

رحمه الله لهذا فقال لانا انما اعتقناه في قوله يا مولاي لاجل الولاء لاجل
الملك ومعناه ما ذكرنا والله اعلم ولو قال في شئ من هذه الالفاظ من
قوله اعتقتك ونحوه نويت به الخبر كذبا لا يصدق في القضاء لعدوله
عن الظاهر لانه يستعمل في انشاء العتق في عرف اللغة والشرع كما يستعمل
في الاخبار فان العبد قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه
الصيغة وفي الحمل على الاخبار حمل على الكذب وظاهر حال العاقل
بخلافه فلا يصدق في القضاء كما لو قال لامرأته طلقتك ولوى به الا-
كذبا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه لوى ما يحتمل كلامه لانه
يحتمل الاخبار وان كان ارادة الخبر بخلاف الظاهر ولو قال عنيت
به ان كان حرا فان كان مولدا لا يصدق اصلا لانه كذب محض وان
كان مسبيا لا يصدق قضاء لان الظاهر ارادة الانشاء من هذه
الالفاظ فلا يصدق في العدول عن الظاهر ويصدق ديانة
لان اللفظ يحتمل الاخبار عن الماضي ولو قال انت حر من عمل كذا او انت
حر اليوم ورق غدا او لعتق في عمل ويرق في عمل فكان الاعتاق من
عمل دون عمل وفي زمان دون زمان اعتاقا عند الاعمال كلها وفي الازمان
باسرها فاذا لوى به بعض الاعمال والازمان فقد لوى خلاف الظا
فلا يصدق القاضي وكذا اذا قال انت مولاي وقال عنيت به الموالاة
في الدين لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر اذ هو يستعمل لولاء العتق
ظاهرا ويصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوى ولو قال ما انت
الا حر عتق لان قوله ما انت الا حر اكد من قوله انت حر لانه اثبات بعد
النفي كقولنا لا اله الا الله ولو قال انت حر لوجه الله عتق لان اللام
في قوله لوجه الله لام الغرض فقد جعل الحرية وبين ان غرضه من التحرير
وجه الله تعالى وكذا من قال لعبده انت حر لوجه الشيطان عتق ذكره محمد
رحمه الله في الاصل لانه اعتقه بقوله انت حر وبين غرضه الفاسد من
الاعتاق فلا يقدح في العتق ولو دعا عبده سالما فقال يا سالم فاجابه

مرزوق فقال انت حر ولا نية له عتق الذي اجابه لان قوله انت حر
خطاب والمتكلم اولي بصرف الخطاب اليه من السامع ولو قال عنيت
سالما عتقا في القضا امامرزوق فلان الاشارة مصروفة اليه لما قلنا
فلا يصدق في انه ما عناه واما سالم فيما قراره واما فيما بينه وبين الله
تعالي فانما اعتق الذي عناه خاصة لان الله تعالي مطلع علي سره
ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد اخر له او لغيره عتق سالم
لانه لا مخاطب ها هنا الا سالم فينصرف قوله انت حر اليه والله اعلم
واما الذي هو ملحق بالصريح فنحو ان يقول لعبده وهبت لك نفسك
او وهبت نفسك منك او بعت نفسك منك و نقيت سوا قبل اولم
يقبل رؤي اولم ينو لان الايجاب من الواهب او البايع ازالة الملك
من الموهوب والمبيع وانما الحاجة الي القبول من الموهوب له و
المشتري لثبوت الملك لهما وها هنا لا يثبت الملك للعبد في نفسه
لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فبقي الهبة والبيع ازالة الملك عن
الرقبة لا الي احد وهذا هو معني الاعتاق ولهذا لا يفتقر الي القبول
ولا يحتاج الي النية ايضا لان اللفظ صريح في الدلالة علي زوال الملك
عن الموهوب والبيع والاعتاق ازالة الملك وقد قال ابو حنيفة اذا
قال لعبده وهبت لك نفسك او قال اردت وهبت له عتقه اي لا العتق
لا يصدق في القضا لان الهبة وصفت لازالة الملك عن الموهوب
وهبة العتق استيفا الملك علي الموهوب فقد عدل عن ظاهر الكلام
فلا يصدق في القضا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالي لانه نوي
ما يحتمله كلامه وروي عن ابي يوسف فيمن قال لعبده انت مولي فلان
او عتيق فلان انه لا يعتق في القضا لاحتمال انه معتق فلان الا ان يكون
مملوك فلان فاعتقه فان قال اعتقك فلان فليس بشي لان قوله اعتقك
فلان يحتمل انه اراد به ان فلانا انشا العتق فيك ولا يكون ذلك الا بعد
الملك ويحتمل انه اراد انه قال لك الحال انت حر ولا ملك له فلا العتق

بالشك والله اعلم ومن هذا القبيل اذا اشتري اباه او اخاه او ابنه
عتق عليه لوي اولم ينو عند عامة العلما لانه شراه حصلا اعتاقا
شرعا حتي تتادي به الكفارة اذا اشتراه ناويا عن الكفارة في قول
اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعي وقال مالك لا يعتق الا باعتاق
مبتدا والاصل ان كل من ملك ذا رحم محرم منه بالشرا او الصدقة او الوصية
او بالارث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق ما لم يعتقه وقال الشافعي
لا يعتق لا يعتق بالملك الا من له ولاد فاما من لا ولاد له فلا يعتق الا
باعتاق مبتدا اما ملك فانه احتج بما روي ابو داود في سننه باسناده
عن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال
لا يجزي ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه حقق
الاعتاق عقيب الشرا ولو كان الشرا نفسه اعتاقا لم يتحقق الاعتاق
عقيبه لان اعتاق المعتق لا يتصور فدل ان شرا القريب ليس باعتاق
ولان الشرا اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك وبينهما منافاة فكيف يكون
اللفظ الواحد اثباتا وازالة ولنا ما روي عن رسول الله صلي الله عليه
وسلم انه قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعن ابن عباس قال جا
رجل الي النبي صلي الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني دخلت السوق
فوجدت اخي يباع فاشتريته وانا اريد ان اعتقه فقال النبي صلي الله
عليه وسلم في حديث ابي هريرة فليعتقه اي ليعتقه بالشرا يحمل علي هذا
عملا بالاحاديث كلها صيانة لها عن التناقض واما قوله الشرا
اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك فنعم لكن الممتنع اثبات حكمين واحد
بلفظ واحد في زمان واحد اما في زمانين فلا لان عمل الشرع في
المعتقة دلايل واعلام علي الحكومات الشرعية فيجوز ان يكون بلفظ
الشرا السابق علما علي اثبات الملك في الزمان الاول وذلك اللفظ بعينه
علما علي ثبوت العتق في الزمان الثاني اذ لا تنافي عند اختلاف الزمان
واما الكلام مع الشافعي فمبني علي ان القرابة المحرمة للنكاح فيما سوي

الولاد وهي قرابة الاخوة والعمومة والخؤولة حرام القطع عندنا
وعنده لا يحرم قطعها وعلى هذا ينبني وجوب القطع بالسرقة ووجوب
النفقة انه لا يقطع وتجب النفقة عندنا خلافا له في ان قرابة الولا
وحرام القطع ولا خلاف ايضا في ان القرابة التي لا تحرم النكاح كقرابة
بني الاعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة
بني الاعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة
بني الاعمام ونحن نلحقها بقرابة الولاد وجه قوله ان العتق انما
يثبت بالقرابة لكون العتق صلة والقرابة مستدعية للصلة و
الاحسان الى القريب والعتق من اعلا العلات فلا يثبت الا باعلى
القرابات وهي قرابة الولاد لما فيها من الجزئية والبعضية ولم
يوجد ذلك في هذه القرابة فلا يلحق بها بل يلحق بالقرابة البعيدة
وهي قرابة بني الاعمام ولهذا الحق بها في كثير من الاحكام وهي
حرمان القصاص في النفس والطرف وقبول الشهادة والحبس
بالدين وجواز الاستيجار وعدم الكابت ولنا ان قرابة الولاد انما
اوجبت العتق عند الملك لكونه محرمة القطع وانما الملك في القريب
يفضي الى قطع الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان
ليورث وحشة وانما توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير
قطيعة الرحم وشرع السبب المفضي الى القطع لان الملك نفسه
مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعا للتناقض فلا يبقى الرق
ضرورة لانه لم يشرع في المسلم والذمي الا لاجل الملك المحترم للمالك
المعصوم واذا زال الرق يثبت العتق ضرورة والقرابة المحرمة
للنكاح محرمة القطع لان النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم عامة
ومطلقة قال الله تعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام مفتا
اتقوا الله الذي تساءلون به فلا تقصروا واتقوا الارحام فلا تقطعوها
ويحتمل ان يكون معناه اتقوا الله وصلوا الارحام وقد روي في الاخبار

عن

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا الارحام فانه ابقى لكم في الدنيا
وخير لكم في الاخرة والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع والامر بالفعل
نهي عن ضده وروي عنه صلى الله عليه وسلم ان الرحم شجنة من الله
تعالى معلقة بالعرش تقول يا رب هذا مقام العائذ بك قطعت ولم
اوصل فيقول الله تعالى اما ترضين اني شققت لك اسما من اسمي
انا الرحمن وانت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك بتته ومثل
هذا الوعيد لا يكون الا بارتكاب الحرام فدل ان قطع الرحم حرام والرحم
هو القرابة سميت القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من الرحمة
كما جاء في الحديث والقرابة سبب الرحمة والمشفقة على القريب واما با
عتبار ان العضو المخصوص من النسا المسمى بالرحم محل النسب
الذي يتعلق به وجود القرابات فكان كل قرابة او مطلق محرم القطع
بظاهر النصوص الا ما خص او قيد بدليل ثم يخرج الاحكام اما جريان
القصاص فلا يفضي الى قطع الرحم لان القصاص حز الفعل وجزا
الفعل يضاف الى الفاعل فكان الاخ القاتل او القاطع هو القاطع للرحم
فكان فعله بنفسه او قطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لانه
حبس المطل الذي هو جناية فكان مضافا اليه واما الاجارة فهي عقد معاوضة
وهي تمليك المنفعة بالمال والاب حصل باختياره فلا يفضي الى قطع الرحم
الا انه لا يجوز استيجار الاب ابنه في الخدمة التي تحتاج اليها لان ذلك يفضي
الى قطع الرحم بل كان ذلك مستحقا على الابن شرعا فلا يجوز ان يستحق
بما دلبته فلا يدخل في العقد ولو استاجر الابن اباه يصح ولكن يفسخ
احتراما للاب ونحن نسلم ان للاب زيادة احترام شرعا يظهر بحق
هذا وهي حق الحبس والقصاص ولا كلام فيه واما نكاح الحليلة فانه
وان كان فيه نوع خصاصة لكن هذا النوع من القصاص غير معتبر في
تحريم القطع فان الجمع بين الاختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم
ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق اختها وانقضاء عدتها وان كان لا يخلو عن

نوع قضاءه واما المكاتب فعند ابي يوسف ومحمد يكاتب الاخ كما في
قرابة الولاد وعن ابي حنيفة فيه روايتان ثم يقول عدم مكاتبة الاخ
لا ينفي ابي قطيعة الرحم لان ملكه لا يصلح للكتابة لانه من اهل الصلة
والتبرع وملك المكاتب ملك ضعيف لا يظهر في حق التبرع والعتق
فاذا لم يكاتب عليه لم يقدر الاخ على ازالة الذل عنه وهو الملك فلا ينفي
الى الفضاءة بخلاف الولاد لان ملك المكاتب وان كان ضروريا لم
يشرع الا في حق حرية نفسه لكن حرية ابيه وابنه في معنى حرية
نفسه لان المرء سبيل لحرية اولاده وابويه مثل ما يسعى لحرية نفسه
فهو العذر والله اعلم وسواء كان المالك الذي الرحم المحرم بالغا او
صبيا عاقلا او مجنونا يعتق عليه اذا ملكه لعموم قوله صلى الله عليه
وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولانه علق الحكم وهو الحرية
بالملك فيتناول كل من كان من اهل الملك فكان من اهل ذلك الحكم و
الصبي والمجنون من اهل الملك فكانا من اهل هذا الحكم فان قيل ان
الصبي العاقل اذا اشتري اباه يعتق عليه وشراء القريب اعتاق
عندنا صحابنا حتى تنادي به الكفارة والصبي وان كان عاقلا ليس
من اهل الاعتاق فينبغي ان لا يعتق ولا يكون له شراء قيل ان كون
شراء القريب اعتاقا عرفناه بالنص وهو ما روينا من حديث ابي هريرة
رضي الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على
ان الصبي ليس بمراد لانه ليس من اهل الاعتاق فلا يكون شراؤه من الصبي
وان كان عاقلا اعتاقا قابل يكون ملكا سببا فيعتق عليه بالملك شرعا
لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر لا بالاعتاق
ولو ملك حليله ابيه او مملوكة ابيه او امه من الرضاع لا يعتق عليه وكذا
اذا ملك ابن العم او العمة او بينهما او ابن الخال او الخالة او بينهما لا يعتق
لان شرط العتق ذي الرحم المحرم فلا بد من وجودهما اعني الرحم والمحرم
في الاول وجد المحرم بلا رحم وفي الثاني وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق

واهل

واهل الاسلام واهل الذمة في ذلك سواء لاستوائهم في حرمة قطع الرحم و
اهلية الاعتاق واهلية الملك والعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم
محرم منه فهو حر ولا العتق لمن عتق عليه لان العتق ان وقع بالشراء فا
لشراء اعتاق وقد قال عليه السلام الولاء لمن اعتق وان وقع بالملك فالملك شرعا
للمعتق عليه فكان الولاء له ولو اشتري ابنه وهي حبلى من ابيه والابنة غير
الاب جاز الشراء وعتق ما في بطنها ولا تعتق الامة ولا يجوز بيعهما قبل ان
تضع وله ان يبيعهما اذا وضعت اما جواز الشراء فلا شك فيه لان شراء
الاخ جائز كشراء الاب وسائر ذي الرحم المحرم واما عتق الجنين فلانه
اخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الامة عليه لانها اجنبية عنه
لعدم القرابة بينهما بخلاف ما لو ملكهما ابوه لا يعتق عليه فانه اولى واما
عدم جواز بيعهما ما دام الحمل قائما فلان في بطنها ولدا حرا ولان بيع الحامل
دون الحمل لا يجوز الا ترى انه لو باعهما واستثنى الحمل يفسد البيع فاذا كان
الولد حرا والحر لا يكون محلا للبيع نصيبها فاذا استثنى الولد واذا وضعت
جاز بيعهما لان المانع قد زال واذا ملك شقصا من ذي رحم محرم
منه عتق عليه قدر ما ملك في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
وقد يعتق كله كما اذا اعتق شقصا من عبد له اجنبي لان العتق يتجزأ
عنده وعندهم لا يتجزأ ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من احدهما حتى
عتق عليه عندنا لا يخلوا اما ان كان ملكاه بسبب لهما فيه صنع واما ان كان
ملكاه بسبب لا صنع لهما فيه فان كان ملكاه بسبب لهما فيه صنع بان ملكاه
بالشراء او بقبول الهبة او الصدقة او الوصية لا يضمن من عتق عليه لشريكه
شيئا موسرا كان او معسرا في قول ابي حنيفة ولكن يسعى له العبد في نصيبه
وعند ابي يوسف ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه ان كان موسرا
وعلى هذا الخلاف اذا باع رجل نصف عبده من ذي رحم محرم من عبده
او وهب له حتى عتق عليه لا يضمن المشتري نصيب البائع عند ابي
حنيفة موسرا كان القريب او معسرا ولكن يسعى في نصف قيمته للبائع

وعندهما يضمن ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى العبد ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له ان ملكتك فانت حر ثم اشتراه الحالف وعليه عقدة واحدة ذكر الخصاف انه على هذا الخلاف انه لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وعندهما يضمن وذكر الكرخي اني لا اعرف الرواية في هذه المسئلة واجمعوا ان العبد اذا كان بين اثنين فباع احدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه ان المشتري يضمن نصيب الشريك الساكت ان كان موسرا ولا يضمن البائع شيئا والكلام في هذه المسئلة بناء على ان الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة وعندهما لا يتجزى ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزيا عندهما وشراء القريب اعتاق فكان شراء نصيبه اعتاقا لنفسه واعتاق نصيبه اعتاق نصيب صاحبه كالعبد المشترك بين اثنين اعتقه احدهما وهو موسر ولما كان متجزيا عنده فكان شراء نصيبه اعتاقا لنصيبه خاصة فلم يكن افساد لنصيب شريكه لان ذلك يثبت لضرورة تكميل الاعتاق لضرورة عدم التجزي فاذا كان متجزيا عنده فلا ضرورة الى التكميل فلا حاجة الى التمليك والدليل عليه انه لا يجب الضمان اذا كان معسرا وضمان الاتلاف والتمليك لا يسقط بالاعسار كان ينبغي ان لا يجب الضمان على الشريك المعتق الا انا عرفنا وجوب الضمان ممتنعا للاصل بالنص نظر الشريك الساكت وهو مستحق للنظر اذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وها هنا وجد لان كل واحد من المشتريين راض بشراء صاحبه وكيف لا يكون راضيا به وان شراء كل واحد منهما شرط لصحة شراء صاحبه حتى لو اوجب البائع لهما فقبل احدهما دون الآخر لم يصح ولان البائع نصف عبده من ذي رحم محرم منه راض بشرائه ومن رضي بانتصار لا ينظر اليه فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقي الحكم فيها على الاصل بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع احدهما

نصيبه

نصيبه من ذي رحم محرم منه لان هناك لم يوجد دليل الرضا من الشريك الساكت لشراء القريب اصلا حتى يوجب سقوط حقه في الضمان فكان في معنى المنصوص عليه فيلتحق به ثم وجه الكلام لابي حنيفة على طريق الابتداء انه وان سلم له ان شراء نصيبه اعتاق نصيبه وافساد نصيب شريكه لكن هذا افساد مرضي به من جهة الشريك لانه رضي بشراء نفسه واثبات الملك له في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه لان الخلاف فيما اذا اوجب البائع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وان يكون القبول موافقا للايجاب اذ البائع ما رضي الا بهذا الذي انه لو قال بعت منكما فقبل احدهما ولم يقبل برضا الشريك لانه لو اوجب الضمان كما اذا كان العبد مشتركا بين اثنين فقال احدهما لصاحبه اعتق نصيبك او رضيت باعتاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هذا فان قيل هذه الكلمة لا تمشي في الهبة فان احدهما اذا قبل الهبة دون الآخر يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبوله الهبة في نصيبه رضا بقبول صاحبه فلم يكن هذا افسادا موضيا به من جهة الشريك ولذا لا يتمشى فيما اذا لم يعلم الشريك الاجنبي ان شريكه قريب العبد لانه اذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء القريب اعتاقا لنصيبه فلا يعلم كونه افسادا لنصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالافساد لان الرضا بالشيء بدون العلم به محال قلنا الجواب ان هذا من باب عكس العلة لانه اذا اراد الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس ليس بشرط في العلة الشرعية لجواز ان يكون لحكم واحد شرعي علل فنحن لقيامنا وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا وتنفيذه في غيره لعلة اخرى ثم نقول اما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وان لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول لكنهما اذا جمعا كان قبولهما بمنزلة شيء واحد لان جواب ايجاب واحد مثاله المصلي اذا قرأ الفاتحة واحدة قصيرة او طويلة على الاختلاف يتعلق بها الجواز ولو

ثراعشرابات او اكثر يتعلق الجواز بالكل ويجعل الكل لاند واحد كذا هذا
واما فصل العلم فتحتر تجد على جواب ظاهر الروايه وهو ان عند
ابي حنيفة لا يجب الضمان سواء علم اولم يعلم وعندهما يجب علم
اولم يعلم نص عليه في الجامع الصغير اما على اصلهما فظاهر لان
الضمان عندهما يجب مع العلم فمع الجهل اولى واما على اصل
ابي حنيفة فلان سقوط ضمانه الآتي ان عند الاذن والرضا
به لا يتوقف على العلم فان من قال لرجل كل هذا الطعام والاذن لا
يعلم انه طعام نفسه فاكله الرجل لا يستحق الضمان عليه واذا لم
يعلم به وهذا الان حقيقة العلم ليس بشرط في بنا الاحكام عليهما
بل المتبر هو سبب حصول العلم والطريق الموصل اليه وقيام
الدليل مقام حقيقة العلم كما يقام سبب القدر مقام حقيقة القدر
وطريق حصول العلم ها هنا في يده وهو السوال الفحص عن حقيقة
الحال فاذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق الضمان وروي بشر عن
ابي يوسف انه فصل بين العلم والجهل فقال ان كان الاجنبي يعرف
ذلك فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شا نقض البيع وان شا تم عليه وقال
قول ابي حنيفة وابي يوسف وجه هذه الروايه ان الشراء مع شركة
الاب عيب فكان بمنزلة سايرالعيوب انه ان علم به المشتري يلزمه
البيع كما في سايرالعيوب ولو لم يعلم به لم يلزمه مع العيب واذا لم
يلزم العبد في حق الشريكين لم يلزم في حق الاخر فلا يعتق ويثبت
للمشتري حق الفسخ وذكر في الجامع الصغير لو اشترى رجل نصف
عبد ثم اشترى اب العبد النصف الباقي وهو موسر فالمشتري با
لخيار لانه لم يوجد من المشتري الاجنبي ما هو دليل الرضا في سقوط
الضمان عن الاب فلا يسقط وروي عن ابي يوسف انه قال لو ان عبد
اشترى نفسه هو واجنبي من مولاه فالبيع باطل في حصة الاجنبي

لانه

لانه اجتمع العتق والبيع في عقد واحد في زمان واحد لان بيع نفس العبد
من اعتاق على مال فلا يصح البيع فحال ان الرجلين اشتريا ابن احدهما
انه يصح وان اجتمع الشرا والعتق في عقد واحد لان شرا القريب يملك
في الزمان الثاني وانه جايز لما بينا وروي عن ابي يوسف انه اذا قال
ان ملكت من هذا العبد شيا ثم اشتراه الحالف وابوه صفقة واحدة
عتق على الاب وهذا على اصله لان العتق عنده لا يتجزى وقد اجتمع
للعتق سببان القرابة واليمين الا ان القرابة سابقة
على اليمين فاذا ملكا وصار كان عتق الاب اسبق فعتق النصيبان عليه
ولهذا قال في رجل قال ان اشتريت فلانا او بعضه فهو حر فاذا هي رجل
اخر اشاه ثم اشتراه عتق عليهما ونصف ولاه للذي اعتقه وهو
ابن للذي ادعاه لان السبب ها هنا لم يسبق اليمين فيعتق
نصيب كل واحد منهما عليه وولاه بينهما لانه عتق عليهما والولا
للمعتق وان ملكا اثنان ذا رحم محرم من احدهما بسبب لا صنع لهما
فيه بان ورثا عبدا وهو قريب احدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب
شريكه موسرا كان او معسرا ولا كان يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه
في قولهم جميعا لان العتق ها هنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق
ومن جهة احد من العباد اذ لا صنع لاحد من العباد في الارث ووجوب
الضمان على المرء يعتمد ضمانا من جهته ولم يوجد من القريب فلا
يضمن والله الموفق ومن هذا القبيل الفاظ النسب وذكرها لا يخلو
اما ان تكون على وجه الصفة واما ان تكون على سبيل الندا فان ذكرها
على طريق الصفة بان قال لمملوكه هذا ابني فلا يخلو اما ان كان يصلح
ان يكون ابنا له بان كان مثله يولد لمثله واما ان كان لا يصلح ولا يخلو اما ان كان
مجهول النسب او معروف النسب من الغير فان كان يصلح ان يكون ابنا له
فان كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق بالاجماع وان كان
معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق

عند نا وعند الشافعي لا يثبت العتق والاصل عنده ان العتق بنا على
النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وان كان لا يصلح ابتداء لا
يثبت النسب وهل يعتق قال ابو حنيفة سواء كان مجهول النسب او معروف
النسب وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق والاصل عندهما ان العتق مبني على
تصور النسب واحتمال ثبوته فان كان تصور ثبوته ثبت العتق والا فلا
والاصل عند ابي حنيفة ان ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على
تصور ثبوته وكذلك لو قال لمملوكته هذه بنتي مبني على هذا التفصيل
والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في الابن وجه قولهم ان العتق لو ثبت
لا يخلو اما ان ثبت ابتداء او بناء على ثبوت النسب لا وجه للاول لانه
لم يوجد الاعتاق ابتداء ولا سبيل الى الثاني اما عند الشافعي فلان
النسب لم يثبت في المسئلتين جميعا فلا يثبت العتق بناء عليه واما
عندهما فلان في المسئلة الثانية لا يتصور ثبوت النسب فلا يثبت
النسب بناء عليه واما عندهما فلان في المسئلة الاولى العتق وفي المسئلة الاولى
يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاستيلاد من غيره بناء على
الشبه الظاهر فيعتق ولابي حنيفة ان كلام العاقل المتدين يحمل
على الصحة والسداد ما امكن لاعتبار عقله ودينه ولا لة وامكن تصحيح
هذا الكلام من وجهين الكناية والمجاز اما الكناية فلوجود طريق الكناية
في اللغة وهي الملازمة بين الشيئين او المجاورة بينهما غالبا على وجه
بينهما تعلق لوجود به او عنده او تعلق البقاء وتكون الكناية كالتابع
للمكني والمكني هو المقصود فيترك اسم الاصل صريحا ويكتفي عند
باسم اللازم اياه التابع له كما في قوله تعالى اوجاء احد منكم من الغائط
والغائط اسم للمكان المخالي المطمئن من الارض كني به عن الحدث لما ان
بين هذا المكان وبين الحدث عادة اذ العادة ان الحدث يوجد في مثل
هذا المكان تستترا عن الناس وكذا الاستنجاء والاستجمار كناية عن
تطهير موضع الحدث والاستنجاء طلب النجوة والاستجمار طلب الجمرة وكذا

العرب تقول ما نزلنا نطأ السما حتى اتينا لمراي نظر المطر اذ المطر
ينزل من السما وغو ذلك من مواضع الاستعمال والنبوة في الملك
تلازمهما الحرية فجاز ان كني بقوله هذا ابني عن قوله هذا مملوكي وولده
الصريح والكناية في الكلام سواء لوضح فقال هذا مملوكي عتق
فكذا اذا كني به واما المجاز فلان من طرق المشابهة بين الناس
في المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على
المستعار له لاظهار المعنى الذي هو ظاهر في المستعار كفيه خفي في المستعار
له كما في الاسد مع الشجاع والحمار مع البليد وقد وجد هذا الطريق
ها هنا من وجهين احدهما ان الابن في اللغة اسم للمخلوق من
ماء الذكر والانثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منهما عليه من
جهة الاب ما لاحيا الاكساب سبب وجوده وبقايه بالتربية والعتق
منهم عليه من جهة العتق اذ الاعتاق انعام على المعتق وقال الله
تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه قيل في التفسير
انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق فكان بينهما
مشابهة في هذا المعنى وانه معنى لازم مشهور فيجوز
اطلاق اسم الابن على المعتق مجازا لاظهار نعمة المعتق كاطلاق
اسم الاسد على الشجاع والحمار على البليد والثاني ان بين معتق
الرجل ومعتق ابنه الداخل في ملكه مشابهة في معنى الجزئية
وهو معنى لازم للابن الداخل في ملكه بحيث لا ينفك عنه وانه
مشهور فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة فقد خرج
الجواب عن قولهم ان المعتق اما ان يثبت ابتداء او بناء على النسب
لانا نقول ابتداء الكن باحد الطريقين وهو الكناية او المجاز على
ما بينا ولا يلزم علي ابي حنيفة ما ذا قاله لما تقدم من بنائي
وسلمنا لا يلزم انه لا يقع الفرقة بينهما لان اقراره لكونها بنته لا تقي
النكاح لاجل النسب وهاهنا لم يثبت النسب فلا يبقى النكاح واما

ثبوت العتق فليس ينبغي علي ثبوت النسب والدليل علي التفرقة بيني //
المسلمتين انه لو قال لامرأة وهي معروفة النسب من الغير هذه //
ابنتي لم تقع الفرقة ولو قاله لامته وهي معروفة النسب هذه بنتي
تعتق وما افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتي وهي تصلح
بنته ثم قال اوهمت او اخطأت لا تقع الفرقة ولو قال لعبده هذا
ابني ثم قال اوهمت او اخطأت يقع العتق فدل علي التفرقة بينهما
وكذلك لو قال له هذا ابي فان كان يصلح اباه وليس للقائل اب معروف
يثبت النسب والعتق بلا خلاف وان كان يصلح له ولكن للقائل اب
عند ابي حنيفة وعندهما لا يعتق وكذلك له هذه امي فالكلام فيه
كالكلام في الاب واما الكلام في الحرية فان كان المملوك امه ففي كل
موضع يثبت النسب تثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه بنتي
او قال لامته هذا ابني اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال
بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكة هذا عمي او خالي يعتق بلا خلاف
بين اصحابنا ولو قال هذا اخي او اختي وذكر في الاصل انه لا يعتق
بخلاف قوله هذا ابني او ابي او عمي او خالي وروي الحسن عن ابي
حنيفة انه يعتق كما في قوله عمي او خالي وجه رواية الاصل ان
قوله هذا اخي محتمل يحتمل تحقيق العتق ويحتمل الاكرام او النعما
به لانه يستعمل في ذلك عرفا وشرعا قال الله تعالى فان لم تعلموا
اباهم فاخوانكم في الدين ومواليكم فلا يحمل علي العتق من غير
نية بخلاف اسم الخال والعم لانه يستعمل في الاكرام عرفا وعادة
لا يقال هذا خالي او عمي فكان ذكره للتحقيق وبخلاف قوله هذا
ابني او هذا ابي لانه لا يستعمل في الاكرام عرفا وشرعا وقد
منع الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل ادعياءكم ابناءكم وقال
ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا اباهم فاخوانكم
في الدين وروي انهم كانوا يسمون زيد بن حارثة زيد بن محمد

فنزل

فنزل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم ولكن رسول الله
وخاتم النبيين فكفى عن ذلك واما النداء فهو ان يقول يا ابني يا ابي يا
بنتي يا امي يا خالي يا عمي يا اخي يا اختي علي رواية الحسن ولا //
تعتق هذه الفصول لان الغرض بذكر اسم النداء هو استحضار
المنادي لا تحقيق معني الاسم فيه الا اذا كان الاسم موضوعا
له لما بينا فاحتمل انه ازاد به النداء علي طريق الاكرام دون تحقيق
العتق فلا يحمل علي العتق من غير نية ولو قال لعبده يا ابن او
لامته يا ابنة لا تعتق لعدم الاضافة الي نفسه ولو قال يا بني
او بنية يعتق لوجود الاضافة واما الكناية فنحو قوله لا سبيل لي
عليك او لا ملك لي عليك او خليت سبيلك او خرجت من ملكي فان
نوي العتق يعتق والا فلا لان كل واحد من هذه الالفاظ يحتمل
العتق ويحتمل غيره فان قوله لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل اللوم
والعقوبة اي ليس لي عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالحد
والطاعة ويحتمل لا سبيل لي عليك لاني كاتبتك فزالت يدي عنك
ويحتمل لا سبيل لي عليك لاني اعتقتك فلا يحمل علي العتق الا بنية
ولا يصدق اذا قال عنيت به غير العتق الا اذا قال لا سبيل
لي عليك الا سبيل الولاء فانه يعتق في القضاء ولا يصدق انه اراد
به غير العتق لانه نفي كل سبيل واثبت سبيل الولاء والطلاق الولاء
يراد به ولا العتق فاي ذلك نوي يصدق في القضاء وقوله لا ملك
لي عليك يحتمل ملك اليد اي كاتبتك فزالت يدي عنك ويحتمل لا ملك
لي عليك لاني بعتك ويحتمل لا ملك لي عليك لاني اعتقتك فيقف علي
النية وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام اي لا استخدمك
ويحتمل اعتقتك ولو قال له امرك بيدك او قال له اختر وقف علي النية
لانه يحتمل العتق وغيره فكان كناية ولو قال امرك عتقك بيدك او
جعلت عتقك بيدك او جعلت عتقك بيدك ولو قال له اختر العتق

او حيرتك في عتقك او في العتق لاحتياج في ذلك كله الى النية لانه
صريح لكن لابد من اختيار العبد العتق ويقف على المجلس لانه تمليك
وقوله خرجت عن ملكي يحتمل ملك التصرف فيكون بمعنى كاتبتك
ويحتمل اعتقتك ولو قال لمملوكه نسبتك حرا واصلك حر فان كان
لعلم الله سبي لا يعتق وان لم يكن سبي يعتق لان الاصل ان حرية
الابوين يقتضي حرية الولد لان المتولد من الحرين يكون حرا الا ان
حرية المسبي يطلب بالسبي فبقي الحكم في غير المسبي على الاصل ولو
قال العبد انت لله لم يعتق في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ان لوى العتق يعتق كما لو قال انت حر لله ولابي حنيفة الاعتاق
اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق لانه اثبت العتق ولم
يوجد لان كونه لله كان ثابتا قبل الاعتاق فلم يكن ذلك فلا يعتق
ولو قال له انت عبد الله لم يعتق بلا خلاف اما على قول ابي حنيفة
فظاهر لما ذكر ان الاعتاق انشاء العتق فيقتضي ان لا يكون ثابتا قبله
وكونه عبد الله صفة ثابتة له قبل هذه المقالة اما على قول ابي يوسف
فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القربة الاعتاق وقوله لله
يحتمل ذلك وروي عن ابي يوسف انه اذا قال لعبده قد جعلتك لله في
صحته او مرضه وقال لم انو العتق او لم يقل شيا حتى مات قبل ان
يتبين حتى لا يعتق وان لوى العتق عتق وكذلك ان قال هذا
في وصيته ومات قبل ان يبين فهو عبد ايضا لانه يحتمل انه اراد به
بهذا اللفظ النذر ويحتمل انه اراد به الاعتاق فلا يعتق الا بالنية
ولا يلزم الورثة بعد الموت الصدقة لان النذر يسقط بعد الموت
عندنا وروي عن ابي يوسف انه قال اذا قال لامته اطلقتك يريد
به العتق لم يعتق لان الاطلاق ازالة اليد والمزيل يزيد عن عبده
بالعتق وتغير العتق بالكتابة فاذا لوى العتق يعتق كما اذا قال
لها خليت سبيلك ولو قال طلقتك يريد العتق لا يعتق عندنا

لما

لما تذكر ولو قال فرجك علي حرام يريد العتق لم يعتق لان حرمة الفرج
مع الرق يجتمعان كما لو اشترى اخته من الرضاع او جارية قد وطئ
امها او ابنتها او جارية مجوسيه انها لا تعتق وروي عن ابي
يوسف انه قال اذا قال لعبده انت حر ثم قال لزوجته انت طالق
فتمضي ذلك محمد ان لوى العتق والطلاق وقع لانه يفهم من
هذه الحروف عند اقترانها ما يفهم منها عند التركيب والتاليف
الا انها ليست بصريحة في الدلالة على المعنى لانها عند الانفراد
لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية تقف على النية واما ما
يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق بالكناية المستبينة لانها
في الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ الا ان فيهما ضرب استتار وابهام
لان الانسان قد يكتب ذلك لارادة العتق وقد يكتب لتجويد
الخط فالتحق بسائر المكتوبات فافتقر الى النية والكلام في هذا
كالكلام في الطلاق وقد مر ذكره في الطلاق وكذلك الاشارة من
الاخرس اذا كانت معلومة مفهمة للمراد لانها في الدلالة على المراد
نحو لفظه كالعبارة كما في الطلاق وكذلك الاشارة من الاخرس والاصل
في قيام الاشارة مقام العبارة قوله تعالى حكاية عن مريم رضي الله
عنها فقولي اني نذرت للرحمن صوما اي صمتا وامساكا وذلك
على الاشارة لا على القول فيهما وقد سماها قولا فدل على انها تعمل
عمل القول واما الالفاظ التي لا يقع بها العتق اصلا لوى او لم ينو
نحو ان يقول لعبده قم او اقعد او اسقني ولوى به العتق لان
هذه الالفاظ لا تحتمل العتق فلا تصح فيها نية العتق وكذا لو قال
لا سلطان لي عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشية على
وجه القهر فانتفاوها لا يقتضي انتفاء الرق الا ترى ان للمولى
على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة وكذا السلطان يحتمل
الحجة ايضا فقوله لا سلطان لي عليك اي لا حجة لي عليك وانتفاء

حجته على عبده لانه وجب حريته وكذا لو قال لعبده اذهب حيث شئت
او توجه اين شئت من بلاد الله يريد به العتق او قال له انت طالق
او طلقتك او بائن او ابنتك او قال انت طالقا او طلقتك او انت
بائن او ابنتك او انت علي حرام او حرمتك او انت خلية او برية او
بتة او اذهبي او اخرجي او اعزبي او تقنعي او استتري ينوي به العتق
فاختارت او نحو ذلك مما ذكرنا في الطلاق وهذا عندنا وعند
الشافعي يقع العتق بها اذا نوى ولقب المسئلة ان صريح الطلاق
وكنايته يقع بها العتق ام لا غيرها لا يقع وعنده يقع وجه
قوله ان قوله لمملوكه انت طالق او طلقتك اثبات الانطلاق
او ازالة القيد وانه نوعان كامل وذلك بزوال الرق وهو
تقصير العتق وناقص وذلك بزوال الملك لا غير كما في المكاتب
والمأذون فاذا نوى العتق فقد نوى احد النوعين فنوى ما
يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا لو قال لامرأته انت حرة ونوى
به الطلاق طلقت كذا هذا ولنا ان هذه الالفاظ المضافة
الى المملوك عبارة عن زوال يد المالك عنه اما قوله انت
طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد عبارة عن
المنع لا عن الملك والمانع يد المالك ورفع المانع يكون بزوال يده
وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضي العتق كالمكاتب
وكذا قوله اذهب حيث شئت او توجه الى اين شئت عبارة عن
رفع يده عنه وانه لا ينفي الرق كالمكاتب وكذا قوله انت بائن
او ابنتك لانه ينبئ عن الفضل والتبعيد وكذا التخيير بجامع
الرق كالاخت من الرضاعة والامة المجوسية وغير ذلك بخلاف
قوله لامرأته انت حرة لان التحرير تخليص والعبد بثبوت ملك
فتنا فيه ولان ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح وما لا
يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر

الاعيان

الاعيان وهذا لان الطلاق رفع ما ثبت بالنكاح فاذا لم يثبت ملك اليمين
بلفظ النكاح فانه كما يثبت بلفظ النكاح يثبت لغير من الشر او غيره فلا
يختص زواله بلفظ الطلاق الا ترى انه يزول بالردة وكذا استرا ايما
بان اشترى الزوج امرأته فجاز ان يزول بلفظ التحرير ولو قال لعبده
راسك راس حر او يدك يد حر او فرجك فرج حر لم يعتق لان
هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وانه جائز ومن باب المبالغة
قال الله تعالى وهي تمر مر السحاب اي كمر وقال الشاعر وعينا كما عينا ها
اي كعينها ويشبه الشيء بالشيء لا يقتضي المشاركة بينهما في جميع
الاوصاف وهذا معنى قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال الله تعالى
كانهن الياقوت والمرجان وقال كانهن بيض مكنون فلا يعتق ولو نوى
فقال راسك راس حر او يدك يد حر او فرجك فرج حر ينوى حر
لان هذا ليس بتشبيه بل هو وصف ويد جملته او ما يعبر به عن
جملته بالحرية فيعتق ولو قال ما انت الا مثل الحر لم يعتق في القضا
ولا فيما بينه وبين الله تعالى كذا ذكر في الاصل لان هذا تشبيه بحرف التشبيه
والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الصفات بخلاف قوله ما انت
الا حر لان ذلك ليس بتشبيه بل هو تحرير لانه نفي واثبت والنفي
ما وراء الا نافيا لقول القائل لغيره ما انت الا فقيه وروي عن ابي يوسف
انه لو قال كل مالي حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبيد و
غيرهم من الاموال ووصف الكل بالحرية كل مالي حر ومعلوم ان
غير العبيد من الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي المعنى فيصرف
الوصف بالحرية الى الحرية التي يحتملها الكل وهي ان تكون جميع
امواله خالصة صافية له لا حق لاحد فيها فلا يعتق عبيده والله

الموفق

واما شرائط الركن فالولاء بعضها يرجع الى
المعتق خاصة وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى
نفس الركن اما الذي يرجع الى المعتق خاصة فهو ان يكون عاقلا

حقيقة او تقديرا حتى لا يصح الاعتاق من المجنون والصبي الذي
لا يعقل كما لا يصح الطلاق منهما واما المجنون الذي يجن في حال ويفيق
في حال فما يوجد منه في حال افاقته فهو بمنزلة سائر العقلاء وما يوجد منه
في حال جنونه فهو فيه بمنزلة المجنون المطبق اعتبارا للحقيقة واما
السكران فاعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق ومنها ان لا يكون
معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما حتى لا يصح
الاعتاق من هؤلاء كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في الطلاق ومنها
ان يكون بالغا فلا يصح الاعتاق من الصبي وان كان عاقلا كما لا يصح
الطلاق منه ولو قال رجل اعتقت عبدي وانا صبي او قال وانا نائم
كان القول قوله والاصل انه اذا اضاف الاعتاق الى حال معلوم الكون
وهو ليس من اهل العتاق فيما يصدق بان قال لعتقته وانا صبي
او انا نائم او مجنون وقد علم جنونه او وانا حربي في دار الحرب
على اصل ابي حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه لانه اذا اضاف الاعتاق
الى زمان لا يتصور منه فالظاهر انه اراد صيغة الاعتاق لا حقيقة
الاعتاق فلا يصير معتوقا بالاعتاق ولو قال لعتقته وانا مجنون
ولم يعلم جنونه لا يصدق لانه اذا اضافه الى حال لا يتيقن
وجودها فالظاهر انه اراد الرجوع عما اقر به فلا يقبل منه ولو
قال لعتقته قبل ان اخلق او قبل ان تخلق لا يعتق لان زمان ما قبل الخلاقه
والخلاق العبد معلوم فقد اضاف الاعتاق الى زمان معلوم الكون
ولا يتصور منه فيه الاعتاق فلا يعتق واما كونه طاعما فليس بشرط
عند نا خلافا للشافعي والمسئلة قد مرت في كتاب الطلاق وكونه حرا
ليس بشرط بالاجماع حتى يصح الاعتاق المازل وكذا كونه عامدا
حتى يصح اعتاق الخاطئ لما ذكرنا في الطلاق وكذا التكلم باللسان
ليس بشرط فيصح الاعتاق بالكتابة للمشير والاشارة للمفهمة وكذا الخلو
عن شرط الخيار ليس بشرط في الاعتاق بعوض وبغير عوض اذا كان الخيار
للمولى حتى يصح العتق ويبطل الشرط اما اذا كان بغير عوض

فظاهر

فظاهر ان ثبوت الخيار لفائدة الفسخ والاعتاق بغير عوض لا يحتمل
الفسخ وكذلك اذا كان بعوض لان العوض من جانب المولى هو العتق
وانه لا يقبل الفسخ فلا معنى للخيار فيه واذا كان الخيار للعبد فخلوه
عن خيار شرط لصحته حتى لو رد العبد العقد في هذه الحالة بتفسخ
العقد لان العوض من جانبه هو المال فكان محتملا للفسخ فيصح
شرط الخيار فيه كما في الطلاق على مال وقد ذكرنا في كتاب الطلاق
وعلى هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار ان الخيار اذا كان مشروطا
للمولى يبطل الخيار ويصح الصلح لان الخيار لثبوت الفسخ والذي
من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ واذا كان الخيار للقاتل
جاز لان ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم
اذا اختار الخيار وفسخ القاتل العقد وهو يبطل العفو فالقياس
ان يبطل لانه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال وفي الاستحسان
لا يبطل ويلزم القاتل الدية كذا روي عن محمد اما صحة العفو
بشرط القصاص فلان عفو المولى يصير شبهة والقصاص يسقط
بالشبهات واما وجوب الدية فلان وجوب الدية لم يرض باسقاطه
بغير عوض ولا عوض الا الدية اذ هي قيمة النفس ثم فرق بين
الاعتاق على مال وبين الكتابة فانه يجوز فيما شرط الخيار في طرفها
كالبيع بخلاف الاعتاق على مال والله الموفق وكذا اسلام المعتق
ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد لا ينفذ
في الحال في قول ابي حنيفة ما هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق
المرتدة نافذ بالاجماع والمسئلة تذكر في كتاب السير والله الموفق
وكذا صحة المعتق فيصح الاعتاق من المريض مرض الموت لانه
دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض يعتبر من
الثلث لانه يكون وصية ومنها النية في احد نوعي الاعتاق وهو
الكناية دون الصريح ويستوي فيه صريح الاعتاق وكنايته ان يكون

ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الاصالة او بغيره على طريق النيابة به
عن المولى باذنه وامره وذلك انواع ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة
فالتفويض هو التخيير والامر باليد صريحا وكناية على ما بينا والامر با
لاعتاق كقوله اعتق نفسك وقوله انت حران شئت والتوكيل هو
ان يامر غيره باعتاق فبان يقول لغيره اعتق عبدي فلانا من غير تعليق
فالمستند والرسالة معروفة وقد فسرناها في كتاب الطلاق
والحكم في هذه الفصول في العتاق كالحكم فيهما في الطلاق وقد
استوفينا فيهما في كتاب الطلاق وسنما عدم الشك في الاعتاق
هو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان شاكا فيه لا يحكم بثبوته لما ذكرنا
في الطلاق واما الذي يرجع الى المعتق خاصة فنوعان احدهما الاضافة
فمنهما ان يكون المضاف اليه العتق موجودا بيقين فان لم يكن لم تصح
الاضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حر او قال ما في
بطن هذه الجارية حر فان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت التكلم
عتق وان ولدت لستة اشهر فصاعدا لم يعتق لانها اذا ولدت لاقل من
ستة اشهر فان ولدت واحدا لاقل من ستة اشهر بيوم ثم ولدت اخر
لاكثر منهما بيوم عتقا جميعا لان الاول عتق لكونه في البطن يوم الكلام
واذا عتق الاول عتق الثاني لانهما توام واما اذا جاءت به لستة اشهر
فصاعدا من وقت التكلم فلانا لا نستيقن بوجوده وقت التكلم لاحتمال
حدوثه بعد ذلك وقع الشك في ثبوت الحرية فلا يثبت بالشك ومنها الاضافة
الى بدن المعتق او الى جزء شايع منه وهو الذي يعبر به عن جميع البدن او الى
جزء شايع عندنا خلافا للشافعي حتى لو اضاف الى جزء معين لا يعبر به عن
جميع البدن لا يصح عندنا وعنده يصح كما في الطلاق غير انه اذا اضاف
الى جزء شايع منه لا يعتق كله عند ابي حنيفة وانما يعتق قدر ما اضاف
لا غير وعند ابي يوسف ومحمد يعتق كله وفي الطلاق يطلق كلها بلا
خلاف بنا على ان العتق يتجزى عند ابي حنيفة وعندهما لا يتجزى والطلاق

لا يتجزى بالاجماع فابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين الطلاق
والعتاق ووجه الفرق ان ملك النكاح لا يراد به الا الوطي والاستمتاع
وذلك لا يتحقق في البعض دون البعض فلا يكون اثبات حكم الطلاق
في البعض دون البعض مفيدا فلزم القول بالتكامل واما ملك اليمين
فلم يوضع للاستمتاع والوطي فانه يثبت مع حرمة الوطي والاستمتاع
كالامة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة وانما وضع للاستخدام
والاستخدام وذلك لا يتحقق مع قيام الملك في البعض دون البعض
فكان ثبوت العتق في البعض دون البعض مفيدا فهو العتق فلا ضرورة
الى التكامل واما كون المضاف اليه الاعتاق معلوما فليس بشرط
لصحة الاعتاق عندنا حتى العلما تصح اضافته الى المجهول بان قال
لعبديه احدكما حر وقال هذا ذلك لامتيه وعند تقاة القياس شرط لا
تصح الاضافة الى المجهول عندهم والكلام في العتاق على نحو الكلام
في الكلام وقد ذكرناه في كتاب الطلاق والثاني قبول العبد في الاعتاق
على مال فلم يقبل لا يعتق ومنهما المجلس وهو مجلس الاعتاق
ان كان العبد حاضرا ومجلس العلم ان كان غايبا لما نذكر في موضعه
ان شاء الله تعالى واما الذي يرجع اليهما جميعا فهو الملك اذ المالك
والمملوك من الاسما الاضافية والعلمة التي يدور عليها الاضافة من
الجانبين هي الملك فيكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت
العتق شرط ثبوته والى بيان انه هل يشترط ان تكون مملوكة وقت
الاعتاق وقت التكلم بالعتق ام لا والى بيان من يدخل تحت مطلق اسم
المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل اما الاول فالدليل على اعتبار
هذا الشرط قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن ادم ولان
زوال ملك المحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت
وعلى هذا يخرج اعتاق عبد الغير بغير اذنه انه لا ينفذ لعدم الملك ولكن يتوقف
على اجازة المالك عندنا وعند الشافعي لا يتوقف وهي تصرفات الفضولي

وموضعها كتاب البيوع وكذا العبد المأذون لا يملك الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة وكذا الوا شتري المكاتب او المأذون ذا رحم محرم منه لا يعتق عليه لما قلنا واذا اشتري العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه فان لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فقد ملك المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وان كان عليه دين فقد ملك المولى مشغول لرقبته لا يعتق عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يعتق بنا على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك وهي من مسائل المأذون ولو اشتري المكاتب ابن مولاه او ذا رحم محرم من مولاه لم يعتق في قولهم جميعا لان المولى لم يملكه لانه من كسب المكاتب والمولى لا يملك كسب مكاتبه للا يعتق ولو اشتري المكاتب ابنهما من سيدها عتق لانه اعتاق المولى نفذ في المكاتبة وولدها فيعتق من طريق الحكم لاحل السبب وجوز اعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمشتراتبل القبض والمرهون والمستاجر لقيام ملك الرقبة وكذا العبد الموصى برقبته لانسان وخدمته لاخر اذا اعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا وعلى هذا الاصل يخرج قول ابي يوسف في الحربي اذا اعتق عبدا حربيا له في دار الحرب انه يعتق لقيام الملك واما عند ابي حنيفة ومحمد فلا يعتق ولا خلاف في انه اذا اعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال الاختلاف في العتق انه يعتق وانما الخلاف في الولاء هل يثبت فيه ام لا ذكر الطحاوي عن ابي حنيفة ان للعبد ان يوالي من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق والصحيح ان الخلاف ثابت في العتق ايضا حتى قالوا في الحربي اذا دخل الينا ومعه مماليكه فاعتقهم ثم اراد ان يسترقهم مدبرون انه لا يقبل قوله فان قالوا هم اولادي وهن امهات اولادي قبل قوله هذا يدل على ان التدبير لا يثبت في دار الحرب وروى الطحاوي عن ابي حنيفة محمول على ما اذا خرج الينا دار الاسلام وعند ابي يوسف عتق بالاعتاق وانما عتق بخروجه الى دار الاسلام فولاؤه

له وجه قول ابي يوسف في مسئلة العتق انه اعتق ملكا نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار الاسلام فاعتق له عبدا حربيا او مسلما اوذميا وكالمسلم اذا اعتق عبده المسلم في دار الحرب ولانه انما عتق ملكا نفسه لان اموال اهل الحرب املاكهم حقيقة الا ترى انهم يرثون ويورثون عنهم ولو كان جارية يصح من الحربي استيلادها الا انه ملك غير معصوم ولهما ان اعتاق عبده الحربي في دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق لان العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع يد الا ستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يصلح عند الاعتاق بدون التخلية لان يده عليه تكون قائمة حقيقة وملك اهل الحرب في دار الحرب ديانة بنا على القهر الحسي والغلبة الحقيقية حتى ان العبد اذا قهر مولاه واستولى عليه ملكه واذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مستغرق بيده بخلاف ما اذا اعتق في دار الاسلام لان يد الاسترقاق والتملك ينقطع بثبوت العتق في دار الاسلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاسترقاق وخلاف العبد المسلم اذا اعتق عبده في دار الحرب لان المسلم لا يدين الملك بالاستيلاء والغلبة الحقيقية ولو كان عبده حربيا فاعتقه المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحسانا والقياس ان لا يعتق عندهما كالحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب ومنهم من جعل المسلم على الاختلاف وعلى هذا الخلاف اذا ملك الحربي في دار الحرب ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يعتق لان ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه كالخلاف في الاعتاق واما الثاني فالاعتاق لا يخلو اما ان يكون تنجيزا واما ان يكون تعليقا واما ان يكون اضافة الى وقت فان كان تنجيزا الشرط قيام الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات العتق للحال والعتق بدون الملك فان كان تعليقا فالتعليق يوعان تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة والتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون =

تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه والتعليق المحض نوعان ايضا تعليق
بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق بالملك او بسبب الملك وكل
واحد منهما على ضربين تعليق صورة ومعنى وتعليق معنى لا صورة
فيقع الكلام في الحاصل في موضعين احدهما في بيان انواع التعليق
ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده وما لا يشترط والثاني
في بيان ما يظهر به وجود الشرط اما الاول فاما التعليق المحض بما
سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار
وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك بان يقول لعبده ان دخلت
انت حرا او ان كلمت فلانا او اذا اقدم فلان ونحو ذلك وانه تعليق
صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء وهذا النوع من التعليق
لا يصح الا في الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار فانت
حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان التعليق بالشرط ليس الا
اثبات العتق عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجود الشرط
لاستحالة ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط الا اذا
كان موجودا وقت التعليق لان الظاهر بقاءه الى وقت الشرط واذا لم
يكن موجودا وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا
يثبت العتق عند وجود الشرط لاستحالة وان اليمين لغير الله تعالى
شرط وجزاء والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط او متيقن
الوجود عند وجوده ليحصل معنى اليمين وهو التقوي على الامتناع
او على التحصيل واذا كان الملك ثابتا وقت التعليق كان الجزاء غالب
الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر بقاء الملك الى وقت وجود
الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا اذا اضاف العتق الى الملك او سببه
لان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط واما اذا لم يكن الملك موجودا
وقت اليمين ولا وجدت الاضافة الى الملك او سببه لم يكن الجزاء غالب
الوجود عند وجود الشرط ولا متيقن الوجود عند وجوده بل كان محتمل الوجود

والعدم

والعدم احتمالا على السواء بل كان محتمل العدم لانه معدوم للحال فكان
الظاهر بقاءه على العدم لانه معدوم للحال فلا يحصل معنى اليمين حتى
لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار وانت لي ملكي فانت حر يصح حتى
لو اشتراه فدخل الدار لا يعتق لوجود الاضافة الى الملك فكان الجزاء متيقن
الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فينعقد اليمين ثم اذا
وجد التعليق في الملك حتى صح فالعبد في ملكه في جميع الاحكام قبل
وجود الشرط واذا وجد الشرط وهو في ملكه لعتق وان لم يكن في
ملكه تحل اليمين لا الى جزاء حتى لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت
حر فباعه قبل دخول الدار تبطل اليمين ولو لم يدخل الدار حتى
اشتراه ثانيا فدخل الدار عتق لان اليمين لا تبطل بزوال الملك لان في
بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من اسباب الملك الا انه لم يتبرك
الجزاء عند الشرط لعدم الملك فاذا عاد الملك واليمين قائمة عتق على ما
ذكرنا في الطلاق ولو قال لعبده ان لم ابعك فانت حر فباعه بيعا صحيحا
لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو في يده
حنث لوجود الملك وان كان التعليق في الملك بشرطين يراعى قيام
الملك عند وجود الاخير عندنا خلافا لزفر حتى لو قال لعبده ان دخلت
الدار الاخرى هاتين الدارين فانت حر فباعه قبل دخول الدارين
فدخل احدي الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى عتق عندنا وعند
زفر لا يعتق والمسئلة مرت في كتاب الطلاق ولو قال لعبده ان دخلت الدار
فانت حر ان كلمت فلانا يعتبر قيام الملك عند الدخول ايضا لانه جعل
الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعتاق لا تنعقد الا في الملك او
مضافا الى الملك او كانه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فانت حر ولو
قال لعبده انت حر ان شئت او احببت او رضيت او هويت او قال لامته
ان كنت تحبيني او تبغضيني او اذا حضت فانت حرة والجواب فيه كالجواب
في الطلاق وقد ذكرنا هذه المسايل واخواتها في كتاب الطلاق ولو قال انت

حرا ان لم يشا فلان فان قال فلان شئت في مجلس علمه لا يعتق لعدم الشرط
وان قال لا اشا لا يعتق لكن لا بقوله لا اشا الا ان يشاء في المجلس بل لبطلان
المجلس باعراضه واشتغاله بشئ اخر بقوله لا اشا الا تري انه اذا قال
ان لم يشا فلان اليوم فاستحر فقال فلان شئت لا يعتق ولو قال لا اشا
لا يعتق لان له ان يشا بعد ذلك ما دامت المدة باقية الا اذا مضى
اليوم ولم يشا فحينئذ يعتق ولو علق بمشية نفسه فقال انت حر
ان شئت فانما لم يوجد المشية منه في عمره لا يعتق وعلى يقتصر
على المجلس لان هذا اللفظ بتفويض اذ العتاق بيده ولو قال انت حر
ان لم اشا فان قال شئت لم يعتق لعدم الشرط وان قال لا اشا لان
العدم لا يتحقق بقوله لا اشا اذ له ان يشا بعد ذلك الي ان يموت
بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر على المجلس فاذا قال لا اشا
فقد اعرض عن المجلس وها هنا لا يقتصر على المجلس فله ان يشا
بعد ذلك حتى يموت فاذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته
بلا فصل ويعتبر من ثلث المال لوقوع العتق في المرض اذ الموت لا يخلو
عن مقدمة مرض ولو قال انت حر غدا ان شئت فالمشية في الغد
فان شاء في الحال لا يعتق ما لم يشاء في الغد ولو قال انت حر ان شئت
غدا فالمشية اليوم في الحال فاذا شاء في الحال عتق هذا الان الفصل الاول علق
الاعتاق المضاف الي الغد بتحقق المشية في الغد وفي الفصل الثاني اضاف
الاعتاق المعلق بالمشية الي الغد فيقتضي تقدم المشية على الغد وهذا
عند ابي حنيفة الله قال المشية في الغد في الفصلين جميعا وقال زفر
المشية اليوم في الحال في الفصلين جميعا ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده
ان ادبت الي فانت حر لانه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط
والجزاء فيصح في الحال ويتعلق العتق بوجود الشرط وهو الاداء اليه
واذا جاء بالف وهو مكلد وخلي بينه وبين الالف عتق شاء المولي
او ابي وهو تفسير الجبر على القبول لان القاضي يجبره على القبض

بالحلس هكذا فسره محمد رحمه الله ان العبد اذا احضر المال حيث يتمكن
المولي من قبضه عتق وهذا استحسان والقياس ان لا يعتق ما لم يقبض
او يقبل وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس انه علق العتق بالاداء
اليه ولا يتحقق الاداء اليه الا بالقبض ولم يوجد كما اذا قال ان ادبت الي
عبدا فانت حر فجاء بعبد ردي وخلي بينه وبين العبد لا يعتق وان قبل
عتق وكذا اذا قال ان ادبت الي كرا من حنطة فانت حر فادي كرا من حنطة
ردية ولو قبل لا يعتق وكذا اذا قال ان ادبت ثوبا او دابة فاني بثوب مطلق
او دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول وكذا اذا قال ان ادبت الي الفا جيادا
عبادا وجيبا بها لا يعتق بتسليم الالف اليه ما لم يقبل وكذا اذا قال ان
ادبت الي هذا الدين من الخمر لا يعتق بالتخلية وجه الاستحسان
ان اداء المال الي الانسان عبارة عن تسليمه اليه قال الله تعالي
ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الي اهلها اي تسلموا وقال تعالي
حكاية عن نبيه موسي عليه السلام ان ادوا الي عباد الله اي سلموا
والتسليم الشئ اليه عبارة عن جعله سالما خالصا له لا ينازعه فيه
احد وهذا يحصل بالتخلية ولهذا كانت التخلية تسليما في الكفالة
وكذا في المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه الي القبض كما لا يحتاج اليه
في الكفالة بهذه المعاوضات المطلقة مع ان التخلية تتضمن القبض لانها
تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير القبض لا للحمل في البراجم كما
في سائر المواضع واما المسايل فمنها لم يوجد الشرط اما مسئلة العبد
فلانه ان ذكر العبد مطلقا فانما اراد به المقيد وهو العبد المرغوب
اليه لا ما يختلف عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بالرد
الردي واذا قبل يعتق لانه اذا قبل تبين انه ما اراد به المعيب بل المطلق
وعلم ان له فيه غرضا اخر في الجملة فلا تعتبر الدلالة مع التصريح
بخلافه حتي لو اتي بعبد جيد او وسط وخلي يعتق وهو الجواب عن
مسئلة الكر واما مسئلة الثوب فقيمة لا يعتق ما لم يقبل ولا يعتق بالرد الو

لان الثياب اجناس مختلفة والنواع متفاوتة واسم الثوب يقع على كل
ذلك على الانفراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل
جنس تحته انواع فكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع
على ادنى الوسط من هذه الاجناس كما لا يقع على ادنى الردى لان
قيمة ادنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب يتسرّبه العورة مما لا
يرغب فيه بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته الف ومتى بقي مجهولا
لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية حتى لو قال ان
ادّيت الي ثوبا هرويا فانت حر يقع على الوسط واذا اجابه يجبر على القبول
وكذا الجواب عن مسئلة الدابة لان الدواب اجناس مختلفة تحتها انواع
متفاوتة واسم الدابة يقع على كل ذلك على الانفراد حتى لو قال ان ادّيت
الي فرسا فانت حر قالوا انه يقع على الوسط ويجبر على القبول واما
مسئلة الحج فيها تفصيل ان قال ان ادّيت الي الفا فحجّ بها
فانت بالالف لا تعتق لانه علق العتق بشرطين فلا يتزل عند وجود
احدهما وان قال ان ادّيت الي الفا فاحجّ بها فانت عتيق اذا خلي ويكون
قوله احجّ بها لبيان الغرض ترغيبا للعبد في الاداء حتى يصير كسبه
مصروفا الى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط ومسئلة الخمر لا رواية
فيها ولكن ذكر في الكتابة انه اذا كاتب عبده على دن من خمر او على كذا
عدد من الخنازير على انه متى اتى بها فهو حر فقبل تكون كتابة فاسدة
فلو جاء بها المكاتب وخلي بينه وبينها يعتق لوجود الشرط ويلزمه
قيمة نفسه فيجب ان يقاس عليه ويقال يعتق هاهنا ايضا بالتخلية
وقال بعض مشايخنا ان العتق في هذا الفصل يثبت من طريق المعا
لا بوجود الشرط حقيقة كما في الكتابة والصحيح انه متى يثبت
بوجود الشرط حقيقة كما في سائر المعلقات بشروطها لا بطريق
المعاوضة والمسايل تدل عليه فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت
ابا يوسف قال في رجل قال لعبده ان ادّيت الي الفا فانت حر ومتى

ادّيت

ادّيت او اذا ادّيت فان ابا حنيفة قال هذا ليس بمكاتب وللمولى ان
يبيعه وكذلك قال ابو يوسف ومحمد فان اداه المال قبل ان يبيعه فان
ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا قالوا يجبر المولى على قبوله ويعتق استحسانا
وان مات المولى قبل ان يودي الالف فالعبد رقيق يورث مع الكسابة
بخلاف الكتابة ولو مات العبد قبل الاداء وترك مالا فماله كله للمولى
ولا يودي عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقي بعد الاداء في يده مال فهما
الكسبة فهو للمولى بخلاف المكاتب لان للمكاتب لان المكاتب قد ملك نفسه
ولا سبيل للمولى على الكسابة مع بقاء الكتابة فبعد الحرية اولى وقالوا
ان المولى لو باعه قبل الاداء صح كما في قوله لعبده ان دخلت الدار
فانت حر بخلاف المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير رضى المكاتب
واذا رضي لفسخ الكتابة ولو قال لعبدين له ان ادّيتما الي الفا
فانتما حران فادّيا احدهما حصته لا يعتق احدهما لانه علق
العتق باداء الالف ولم يوجد وكذا اذا ادّيا احدهما الالف ولم
يوجد كله من عنده لانه جعل شرط عتقهما اداءهما جميعا للالف
ولم يوجد فلا يعتقان كما اذا قال لهما ان دخلتما هاتين الدارين
فانتما حران فدخل احدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر واذا ادّيا
احدهما الالف وقال خمس مائة منهما من عندي وخمس مائة
اخرى لعبت بها لي حتى اودعها اليك عتقا جميعا لوجود الشرط
وهو اداء الالف منهما حصة احدهما بطريق الاصالة رخصة الآخر
بطريق النيابة لان هذا باب تجري فيه النيابة فقام اداؤه مقام
اداء احدهما ولو ادّى عنهما رجل آخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو اداؤهما
واما اذا ادّى الاجنبي الالف وقال اودعها اليك على انهما حران فقبلها
المولى على ذلك عتقا لان هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الاجنبي
كانه قال ان ادّيت الي الفا فعبدي حر ويؤدي المال الى المولى لان المولى
لا يستحق المال بعتق عبده على الغير ولان منفعة هذا العتق تحصل له

رضة

فلا يجوز ان يسعى به على الغير بالاخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك
على الف هذه ودفع اليه فطلقها ان الالف تكون للمطلق لانه لم يحصل
بالطلاق منفعة لانه استقاط حقه والاجنبي صار متبرعا عنها بذلك
فاشبه ما لو قضى عنها دينها بخلاف العتق لانه حصل للمولى منفعة
وهو الولاء فلا يجوز ان يسعى بدل على الغير ولو اداها الاجنبي وقال له
هما امراني ان اودي عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط لانه
يجوز ان يكون الرجل رسولا عنهما واداء الرسول او الموسل فان ادى
العبد من مال اكتسبه قبل القبول عتق لوجود الشرط ويرجع المولى
عليه بمثله لان المولى ما اذن له بالاداء من هذا الكسب لان الاذن
يثبت مقتضى القول والكسب كان بمنزلة القول فصار بمنزلة المغصوب
بان غصب القاضي رجلا وادى فلم يجز المغصوب عنه اداءه فان العبد
يعتق لوجود الشرط وللغاصب ان يسترد المغصوب وللمولى ان يرجع
على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع لانه ادى
من مال المولى فيرجع عليه كما لو اكتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب لانه
ادى من مال نفسه لان اكتسابه ملكه الا انهم استحسنوا فقالوا انه لا يرجع
لانه ادى باذن المولى فكان اقدامه على هذا القول اذنا له بالتجارة
دلالة لانه لا يتوصل الى اداء الالف الا بالتجارة فيصير ماذونا في التجارة
فقد حصل الاداء من كسب هو ماذون في الاداء منه من جهة المولى فلا
يستحق الرجوع عليه او يقول الكسب الحاصل بعد القبول للسيد على حكم
ملك المولى في القدر الذي يودي كالكسب المكاتب فصار من هذا الوجه
كالمكاتب ولو كانت هذه امة فولدت ثم ادت لم تعتق ولدها بخلاف المكاتبة
اذا ولدت ثم ولدت فعتقت انها تعتق ولدها ولو قال العبد ان خدمتني
سنة فانت حر فخدمه اقل من سنة ويجوز المولى عما بقي لم يعتق حتى يكمل
خدمة سنة وكذا الوصي له من الخدمة على ما نبينا وعن الدراهم التي جعل
عليه على ما نبين لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال لعبده ان خدمتني

سنة

سنة فانت حر فخدمه اقل من سنة ويجوز الولي عما بقي لم يعتق حتى يكمل
خدمة سنة وكذا الوصي له من الخدمة على ما نبينا وعن الدراهم التي جعل
عليه على ما نبين وكذا اذا قال له اخدم ولدي سنة وانت حر فمات ولده
قبل تمام السنة لم يعتق هذا كله دليل على ان العتق يثبت بوجود الشرط
حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدم الرضا واسقاط بعض الشرط
كما في سائر الازمان الا ترى ان لو قال لعبده ان دخلت هاتين الدارين
فانت حر فدخل احديهما وقال المولى اسقطت عنك دخول الدار الاخرى
لم يسقط كذا ولو ابرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق لعدم الشرط وهو
الاداء ولو ابرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر محمد رحمه الله في الزيادات
انه اذا قال لعبده ان اديت الي الف كيس ابيض فانت حر فاداها في
كيس اسود لم يعتق وفي الكتابة يعتق وهذا نص على ان العتق هاهنا
يثبت لوجود الشرط لا من طريق المعارضة بخلاف الكتابة ولو باع هذا
العبد ثم اشتراه وادى اليه يجبر على القبول عند ابي يوسف وقال
محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وذكر القاضي
في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف
وعلى هذا اذا رده عليه بعيب او بغيب وجد قول ابي يوسف ظاهر مطرد
وعلى الاصل لانه عتق معلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القايم فكان
حكمه في الملك الثاني حكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت
حر فباعه ثم اشتراه فدخل واما الوجه لمحمد رحمه الله فهو ان دلالة
الحال دلت على التقييد بالملك القايم ظاهرا لان غرضه من التعليق
بالاداء الحث على الكسب ليصل اليه المال وذلك في الملك القايم واكد
ذلك بوجود العتق الموعد له على الكسب ليصل اليه المال وذلك في الملك
القايم واكد ذلك مع احتمال ان المراد منه مطلق الملك فاذا اتى بالمال
بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده بالملك القايم ظاهرا
بدلالة الحال واذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد منه المطلق ولو قال لامته

اذا ادّيت الي الفاكل شهر واية فانت حرة فقبلت ذلك فليس هذا بكتابة
وله ان يبيعها مالم تؤد وان كسرت شهرا لم تؤد اليه ثم ادت اليه في غير
ذلك الشهر لم تعتق كذا ذكر في رواية ابي حفص وذكر في رواية اخري
وقال هذه مكاتبة وليس له ان يبيعها وان كسرت شهرا ثم اداه ت اليه في
شهر اخر كان ذلك جايزا وجه هذه الرواية انه ادخل فيه الاجل دل
انه كتابة وجه رواية ابي حفص ان هذا تعليق العتق بشرطين وقت
وهذا لايدل علي ان كتابة كما لو قال لها ان دخلت دار فلان اليوم او دار
فلان غدا فانت حرة لايكون ذلك كتابة والدليل علي ان الصحيح هذه الرواية
انه اذا قال لها اذا ادّيت الي الغا فانت حرة فلم تؤدها في
ذلك الشهر واد عاها في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الاجل
الحاكم او بتراضيهما فدل ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بالشرط لكن
بوقت دون وقت ثم التعليق بالاداء لايقتصر علي المجلس فان قال
متي ادّيت او حيث ادّيت او اذا ادّيت او اذا ما ادّيت فلاشك ان هذا
كذلك لايقتصر علي المجلس لان في هذه الالفاظ معني الوقت ولو قال ان
ادّيت الي ذكر في الاصل انه يقتصر علي المجلس وظاهر ما رواه بشر
عن ابي يوسف يدل علي انه لا يقتصر علي المجلس فانه قال في رواية ابي يو
انه قال في رجل قال لعبده اذا ادّيت الي الغا فانت حرا ومتي ادّيت او ان
ادّيت فقد سوي بين هذه الكلمات ثم في كلمة اذا ومتي لايقتصر علي
المجلس فكذا في كلمة ان وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطفا علي روايته
عن ابي يوسف ان المولي اذا باعه ثم اشتراه فادي المال عتق ويعد ان
بتمة البيع والشرا واداء المال في مجلس واحد فهذا يدل علي ان العتق
لا يقتصر علي المجلس في الالفاظ كلها والوجه فيه ظاهر لانه عتق معلق
بالشرط فلا يقف علي المجلس كالتعليق بسايرالشروط من قوله ان دخلت
الدار فانت حر وغير ذلك وجه رواية الاصل ان التعليق المعلق بالاداء
معلق باختيار العبد فصار كانه قال انت حر ان شيئت ولو قال ان شيئت

يقتصر علي المجلس ولو قال اذا شيئت او متي شيئت لايقتصر كذا ها هنا وسوا
ادي الالف جملة واحدة او علي التقاريق خمسة وعشرين خمسة وعشرين
انه يجبر علي القبول حتي اذا تم الالف عتق لانه علق العتق باداء الالف
مطلقا وقد ادي وروي بن رستم عن محمد فيمن قال لعبد في مرضه
اذا ادّيت الي الغا فانت حر وقيمة العبد الف فاداها من مال كسبه بعد
القبول قال انه يعتق من جميع المال استحسن ابو حنيفة رحمه الله ذلك
وقال زفر يعتق من الثلث وهو القياس ووجهه ان الكسب حصل
علي ملك المولي لانه كسب عبده فاذا سقط حقه عن الرقبة كان
متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو اعتقه ابتداء لان الكتابة لان المولي لايملك
اكساب المكاتب لان المولي الحق العتق باداء اليه فصار تعليق العتق
به سببا داعيا الي تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكا
ولو قال اذا الي الغا فانت حر لا رواية في هذا وقيل هذا والاول سوا
لا يعتق الاباداء المال اليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفا ولو
قال اذا الي الفا انت حر يعتق للحال اذا لم يود لانه لم يوجدها هنا
ما يوجب تعليق العتق بالاداء حيث لم يات بحرف الجواب والله اعلم
ومن هذا القبيل اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فهو حر او قال ان ولدت
ولدا فهو حر ويعتبر لصحته قيام الملك في الامة وقت التعليق كما في
قوله ان ولدت ولدا فانت حرة لان الملك اذا كان ثابتا في الامة وقت
التصرف فالظاهر بقاؤه الي وقت الولادة فلا حاجة الي اضافة الولادة
الي الملك ليصح واذا صح التعليق فكل ولد تلده في ملكه يعتق وان
ولدت في غير ملكه لا تعتق ويبطل اليمين بعد ما مات او بعد ما باعها
ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنينا ميتا كان فيه ما في جنين الامة

[3] الجزء يحصل بعد الولادة والضرب حصل قبل الولادة وكان عبدا فلا يجب

ضمان الحر ولو قال اذا احملت بولد فهو حر كان فيه ما في جنين الحرة لان
الحرية ها هنا تحصل للحمل فالضرب صادفه وهو حر الا ان الاحكم به مالم

تلد لاقل العلم وجوده فاذا التقت فقد علمنا بوجوده وقت الضرب
فان الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة ولا يعلم ذلك فكيف
يحكم بحريته فالجواب انه يحكم الشرع بالارش على المضارب فقد
صار محكوما بحياته وقت الحياة فيه لان الارش لا يجب الا باتلاف الحي
ولو باعها المولى فولدت عند المشتري قبل مضي ستة اشهر كان الولد
حرا والبيع باطلا لانا تبينا انه باعها والحمل موجود والحرية //
ثابتة فيه وحرية الحمل تمنع جواز بيع الام للمرواين ولدته لستة
اشهر فصاعدا لم تعتق لانا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع فلا
يجوز فسخ البيع واثبات الحرية بالشك وان قال لامته ان كان اول
ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو //
من اوجه اما ان علم ايهما ولد اولا بان اتفق المولى والامة على انهما
يعلمان ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا على انهما لا يعلمان ذلك واما
ان اختلفا في ذلك فان علم ايهما ولد اولا فان كان الغلام هو الاول
فهو رقيق لان المعلق بولادته عتق الام وهي انما تعتق بعد الولا ده
فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يوثر فيه عتق الام وتعتق الام
لوجود الشرط وتعتق من الجارية نصفها وان كانت الجارية هي الاول
لا تعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق
على كل حال لانه لا حال له في الحرية اصلا سواء كان متقدما في الولا
او متاخرا لانه ان كان اولا فذاك شرط عتق امه لا شرط عتقه و
عتق امه لا يوثر فيه لما بينا وان كانت الجارية اولا فولادتها لم
تجعل شرط العتق في حق احد فلم يكن للغلام حال في الحرية راسا
فكان رقيقا على كل حال واما الام والجارية فتعتق من كل واحد منهما
نصفها وتسعى في نصف قيمتها لان الغلام ان كان اولا عتقت الام و
الجارية اما الام فلوجود شرط العتق فيهما واما الجارية فلعتق الام
لان الام اذا عتقت عتقت الجارية لعتق الام بتمامها فصارتا جميعا

وان

وان كانت الجارية اولا لا تعتقان لانه لم يوجد شرط العتق في ٣٣٣
الام واذا لم تعتق الام لا تعتق الجارية لان عتقهما بعتقها فاذا
هما يعتقان في حال ويرقان في حال فيتنصف العتق بينهما //
فتعتق من كل واحد منهما نصفها على الاصل المعهود لاصحابنا
رحمهم الله من اعتبار الاحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر
الامكان وروي عن محمد رحمه الله انه يستحلف المولى على علمه بالله
ما يعلم الغلام ولدا اولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان
الغلام عبدا وان حلف كانوا جميعا ارقاء وكذلك ان لم يخاصم المولى
حتى مات وخصم وارثه فاقر انه لا يدري وحلف بالله ما يعلم الغلام
ولدا اولا ولا فهم رقيق وجه هذه الرواية ان الاحوال اما تعتبر عند
تعذر البيان والبيان ها هنا ممكن بالرجوع الى قول الحالف فلا تعتبر
الاحوال والجواب انه لا سبيل الى البيان باليمين لان الخصمين
متفقان على انهما لا يعلمان ان الاول منهما فلا يجوز للقاضي ان يكلف المولى
الحلف على انه لا يعلم الاول منهما مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا
فالقول قول المولى انه الجارية هي الاول لانه ينكر العتق ولو قال لامته
ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة
فولدت غلاما وجارية فان علم ان الغلام كان اولا عتقت الام والجارية
لا غير اما الام فلوجود الشرط واما الجارية فلعتق الام واما رق الغلام
فلانفصاله على حكم الرق فلا يوثر فيه عتق الام وان علم ان الجارية
كانت هي الاول اعتقت هي لا غير لان المعلق بولادتها عتقها لا غير و
عتقها لا يوثر في عتق غيرها فان لم يعلم ايهما اول فالجارية حرة
على كل حال والغلام عبد على كل حال وتعتق نصف الام وتسعى في
نصف قيمتها اما حرية الجارية على كل حال فلانه لا حال لها في الرق
لان الغلام ان كان اولا عتقت الجارية لان امها تعتق فتعتق هي بعتق
الام وان كانت الجارية اولا فقد عتقت لوجود شرط العتق في حقها

فكانت حرة على كل حال واما رق الغلام على كل حال فلانه ليست له حال
في الحرية سواء ولد اولا او اخرا واما الام فانما تعتق نصفها لانها تعتق
في حال وترق في حال لان الغلام ان كان اولا تعتق الام والجارية ايضا
تعتق الام وان كانت الجارية اولا عتقت الجارية لا غير لان المعلق به عتقها
لا غير وعتقها لا يقتضي ابي عتق الام فاذ العتق الام في حال ولا عتق
في حال ولا عتق في حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال وان اختلفا
فالقول قول المولى لما بينا ولو قال ان كان اول ولد تلديه غلاما فهو حر
وان كان جارية فانت حرة فولدت غلاما وجارية فان علم ان الغلام
ولد اولا عتق هو لا غير وان علم ان للجارية ولدت اولا عتقت الام
والغلام لا غير وان لم يعلم ايهما ولدا ولا فالغلام حر على كل حال لانه لا حال
له في الرق سواء كان اولا او اخرا والجارية رقيقة على كل حال لانه لا حال
لها في الحرية لعدم في الولادة او تاخرت لان الغلام ان كان هو الاول
لا تعتق الام وان كانت الجارية هي الاولى لا تعتق الا الام والغلام فلم
يكن للجارية حال في الحرية تعتق رقيقة والام تعتق منهما نصفها و
يسعى في نصف قيمتها لان الجارية ان كانت هي الاولى تعتق الام كلها
وان كان الغلام هو الاول لا تعتق شيء منها فتعتق في حال ولا تعتق في حال
فيعتق نصفها ويسعى في النصف اعتبارا للحالين وعملا بهما بعد الامكان
واذا اختلفا فالقول قول المولى لما ذكرنا هذا اذا ولدت غلاما وجارية
فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان علم اولهم اولهما
عتق هو لا غير لان المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط
وان علم انه جارية فهي رقيقة ومن سواهما احرار لانه حمل ولادتنا
اولا شرط حرية الام فاذا وجد الشرط عتقت الام ويعتق كل ولد بعد ذلك
لعتق الام تبعا لها وان لم يعلم من كان اولهم يعتق من الغلامين من
كل واحد منهما ثلاثة ارباعه ويسعى في ربع قيمته ويعتق من الام نصفها

ويسعى

ويسعى في نصف قيمتها ويعتق من البنتين من كل واحد منهما ربعها و
يسعى في ثلاثة ارباع قيمتها وانما كان كذلك اما الغلامان فلان اول ما ولدت
ان كان غلاما عتق الغلام كلهم لوجود الشرط وان كان جارية عتق الغلامان
لان الام تعتق فيعتق من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الاخرى
فقد تيقنا بحرية احد الغلامين وشككنا في الاخر وله حالتان يعتق في
حال ولا يعتق في حال فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام واحد ونصف
من الاخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة ارباعه ويسعى في ربع قيمته
واما الام فانما تعتق في حال ولا تعتق في حال لانها اول ما ولدت ان
كان غلاما لا تعتق اصلا وان كان جارية تعتق فتعتق في حال ولا تعتق
في حال لان اول ما ولدت ان كان غلاما فهما رقيقان وان كان جارية
فان الاولى لا تعتق ويعتق الاخرى بعتق الام فاذا في حالة لهما حرية
واحدة وفي حالة لا شيء لهما فثبت لهما نصف ذلك وليست احديهما
باولى من الاخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل فيعتق من
كل واحد منهما ربعهما ويسعى في ثلاثة ارباع قيمتها والله اعلم ولو
قال لامته اذا ولدت غلاما ثم جارية فانت حرة وان ولدت جارية
ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فان كان الغلام اولا
عتقت الام لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانتفاء لهما
على حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وان كانت الجارية اولا عتق
الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقان لان عتق الغلام لا يؤثر
فيهما وان لم يعلم ايهما اول واتفقا على انهما لا يعلمان فالجارية رقيقة
لانه لا حال لها في الحرية لانها ترق في جميع الاحوال واما الغلام والام
فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته لان كل
واحد منهما يعتق في حال ويرق في حال فيعتق نصفه ويسعى في نصف
قيمته وان اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه هذا اذا ولدت غلاما
وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين فان ولدت غلامين ثم جاريتين

عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقهما وبقي الغلامان
والجارية الاولى ارقاوان ولدت غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط
والغلام الثاني والجارية الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم
غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط وبقي من سواه رقيقا وكذلك
اذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول
لاعتبره لما قلنا وان لم يعلم بان القوا على ايهم لانعلموا ايهم الاول
عتق من الاولاد من كل واحد ربعه لان احد الغلامين مع الجاريتين
رقيقان على كل حال لانه ليس لهما حال في الحرية والجارية الاخرى و
الغلام الاخر يعتق كل واحد منهما في حال ويرق في حال فيعتق من
كل واحد منهما نصفه فما اصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية
الاخرى نصفين اذ ليست احدى هما باولى من الاخرى فيعتق من
كل واحد ربعها وكذلك ما اصاب الغلام يكون بينه و بين الغلام الا خر
نصفين لما قلنا واما الام فيعتق منها نصفها لانه ان سبق ولادة الغلام
يعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا يعتق فيعتق نصفها
ويسعى في نصف قيمتها وان اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على
علمه لما قلنا ولو قال لها اذا ولدت ما في بطنك فانت حر فان جاءت به
لاقل من ستة اشهر من يوم حلف عتق ما في بطنها وان جاءت به لستة
اشهر فصاعدا لا يعتق لانا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر تيقنا
بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة اشهر فتيقنا
بكونه داخلا تحت الايجاب واذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا لم يتيقن بوجوده
بل يحتمل ان لا يكون موجودا ثم وجد من بعد فلا يدخل تحت الايجاب مع الشك
وكذلك اذا قال لما في بطنك حر الا ان ها هنا يعتق من يوم حلف وفي الفصل
الاول يوم تلد لان هناك شرط الولادة وها هنا لم يشترط ولو قال لها اذا
حملت فانت حرة فولدت لاقل من سنتين او لسنتين من وقت الكلام لا
يعتق وان ولدت لاكثر من سنتين لم يعتق لان يمينه يقع على حمل حدث

بعد

بعد اليمين فيقع الشك في شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع الشك
فاما اذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحمل حصل بعد اليمين لان
الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فقد وجد شرط العتق وهو الحمل
بعد اليمين فيعتق فان قيل اليس ان من اصلكم ان الوطي اذا كان مباحا
تقدر مدة الحمل ستة اشهر فهلا قدرتم ها هنا كذلك قالجواب ان هذا من
اصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة او اعتاد بالشك ولو جعلنا مدة
الحمل ها هنا ستة اشهر لكان فيه اثبات العتق بالشك وهذا لا يجوز ثم
ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين حتى عتقت وكان قد وطيها
قبل الولادة فان وطيها قبل الولادة لاقل من ستة اشهر فعليه العقر ان
وطيها قبل الولادة لستة اشهر فصاعدا لا عقر عليه لانا اذا ولدت لاقل
من ستة اشهر منذ وطيها علمنا انه وطيها وهي حامل لان الحمل لا يكون لا
قل من ستة فاذا وضعت لاقل من ستة بعد الوطي علمنا ان الحمل
حصل قبل هذا الوطي فيجب عليه العقر لانه علم انه وطيها بعد ثبوت
الحرية فاذا ولدت لستة اشهر فصاعدا من وقت الوطي يحتمل ان يكون
الحمل حصل بذلك الوطي فلا يجب العقر لاحتمال الوطي لم يصادف الحرة و
يحتمل انه حصل بوطي قبله فيجب العقر فوقع الشك في وجوب العقر
فلا يجب مع الشك وينبغي في الورع والتنزه اذا قال لها هذه المقالة
ثم وطيها ان يعتزلها حتى يعلم احامل هي ام لا فان حاضت وطيها
بعد ما طهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطي فعتقت
فاذا وطيها بعد ذلك كان وطي لحرة فيكون حراما فيعتزلها صيانة
لنفسه عن الحرام فاذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد اذ الحامل لا تحيض
ولهذا استبرأ الجارية المشتراة بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم ولو قال
لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فكان غلاما
وجارية لم يعتق احدهم لان الحمل اسم لجميع ما في البطن قال الله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والمراد منه جميع ما في البطن حتى لا يقع

العدة الا بوضع جميع ما في الرحم وليس كل الحمل الجارية وحدها ولا الغلام
وحده بل بعض الحمل غلام وبعضه جارية فصار كانه قال ان كان
كل حملك غلام فهو حر وان كان كل حملك جارية فهي حرة فولدت غلاما
وجارية لا يعتق احدهم كذا هنا وكذلك ان قال ان كان ما في بطنك لان
هذا عبارة عن جميع ما في البطن بل يقتضي وجوده وقد وجد غلام
ووجد ايضا جارية ولو قال لها ان كنت حبلى فانت حره فولدت لاقل
من ستة اشهر فهي حرة وان ولدت لاكثر من ستة اشهر لم تعتق لان
اقل مدة الحمل ستة اشهر علم ان الحمل كان موجودا وقت اليمين
فتعتق الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين فتعتق
الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين ولتعتق الحمل لعتقها
تبعا لها واذا اتت لستة اشهر او اكثر يحتمل ان يكون الحمل حادثا بعد اليمين
فلا تعتق ويحتمل ان يكون الحمل موجودا وقت اليمين فيعتق فوقع الشك
في العتق فلا يثبت مع الشك ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاد
لانه كل واحد منهما تعليق للعتق بشرط الموت الا ان التدبير تعليق با
لشرط قولا والاستيلاد لان كل واحد منهما تعليق للعتق بشرط تعليق
بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل على الكلام لا على السبب والكل واحد منهما
كتاب مفرد واما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة
فنحو ان يقول لامته كل ولد تلدينه فهو حر وهذا ليس بتعليق من
حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان واذا ونحوذلك لان كلمة
كل ليست كلمة التعليق بل هي كلمة الاحاطة لما دخلت عليه لكنه
تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لانه اوقع العتق
على موصوف بصفة وهو الولد الذي تلده فيتوقف وقوع العتق
على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحا
في قوله ان ولدت ولدا وان دخلت الدار ونحوذلك فكان معنى التعليق
موجودا فيه فلا يصح الا اذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق حتى لو قال

لامة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو اشتراها فولدت عنده
ولدا لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق وعدم الاضافة الى الملك وسببه
ويصح اذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق وقيام الملك في الامة يكفي للصحة
ولا يشترط اضافة الولادة الى الملك للصحة بان يقول كل ولد تلدينه وانت
في ملكي فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم ان ولدت في ملكه لعتق الولد لوجود
الشرط في الملك وان ولدت في غير ملكه لا تعتق لعدم الملك وتبطل
اليمين لوجود الشرط كما اذا قال لعبده وان دخلت الدار فانت حر
ثم باعه فدخل الدار تبطل اليمين حتى لو اشتراه ثانيا فدخل الدار لا يعتق
كذا هنا وعلى هذا اذا قال لعبد لا يملكه ولا يملكه كل ولد يولد لك فهو
حر فولدله ولد من امة فان كانت الامة ملك الحالف يوم الحلف عتق
الولد والا فلا وينظر في ذلك الى ملك الامة لا الى ملك العبد لان الولد
في الرق والحرية يتبع الام لا الاب فاذا كانت الامة على ملكه وقت الكلام
فالظاهر بقاء الملك فيه الى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد
فصار كانه قال كل ولد يولد لك من امتي فهو حر واذا لم تكن الامة مملوكة
في الحال فالظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك الولد من امة مملوكة للحالف
من نكاح واما اذا اولد منها من سفاح بان زنى الغلام بها فولدت منه
هل تعتق ام لا فقد اختلف المشايخ فيه وهي من مسايل الجامع ولو قال
لامته اول ولد تلدينه فهو حر وان ولدت ولدا فهو حر وان ولدت ولدا
فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا لا شك في انه لا تعتق الولد
الميت وان كان الولد الميت ولدا حقيقة وهل تعتق الولد الحي قال ابو
حنيفة رحمه الله تعتق وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا تعتق و
حاصل الكلام يرجع الى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق او ولادة
ولد حي فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فاذا اولدت ولدا ميتا فقد
وجد الشرط فتنحل اليمين فيتزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة
ولد حي وجد قولهما ان الشرط ولادة ولد مطلق لان الخالق الخلق اسم

الولد ولم يقيده بصفة الحياة والموت والولد الميت ولد حقيقة
حتى تصير المراة به نفسا وتنقضي به العدة وتصير الجارية ام ولد
له ولهذا لو كان المعلق عتق عبدا حرا وطلاق امراته تقول عند ولادة
ولد ميت وكذا اذا قال لهما ان ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان فولدت
ميتا عتق عبده ولو لم تكن هذه الولادة شرطا لما عتق فاذا ولدت
ميتا فقد وجد الشرط لكن المحل غير قابل للجزا فتحل اليمين لا الى جزا
وتبطل كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل الدخول
ثم دخل تحل اليمين لكن الى جزا حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق
وان امكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت الدار وانت في
ملكي مع ذلك ولم يتقيد به كذا هنا ولابي حنيفة ان الايجاب
اضيف الى محل قابل للحرية اذ العاقل الدين لا يقصد ايجاب الحرية
فيما لا يحتمل الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الذي فيتقيد به
كانه قال اول ولد تلديه حيا فهو حر وان ولدت ولدا حيا فهو حر كما
اذا قال لاخر ان ضربتك فعبدي حر انه يتقيد بحال حياة المضروب
حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا هنا
ولا فرق الان ها هنا تقيد للنزول الجزا وهناك تقيد لتحقق الشرط
بخلاف ما اذا اعلق بالولادة عتق عبد اخر او طلاق امراته لان هناك
المحل المضاف اليه للاعتاق قابل للعتاق والطلاق فلا ضرورة الى
التقييد بحياة الولد كما اذا قال لها ان ولدت ولدا فانت حرة او قال
اول ولد تلدينه فانت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت وها هنا خلافه
وهو الجواب عن قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان ان ولادة
الولد الميت تصلح شرطا لعتق عبد اخر لكون المحل قابلا للعتق
ولا يصلح شرطا لعتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز ان يعلق
بشرط واحد جزاآن ثم ينزل عند وجود احدهما دون الاخر لما بينا
لكن قال لامراته اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقال حضت

وكذا عما

وكذا بقع الطلاق عليهما ولا يقع على الاخرى وان كان الشرط واحدا كذا
هنا واما التعليق بدخول الدار فانما لم يتقيد بالملك لان التقييد للتصحيح
والايجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط
الا ترى انه يقف على اجازة المالك والباطل لا يقف على الاجازة وانما الملك
شرط النفاذ اما ها هنا فلا وجد لتصحيح الايجاب في الميت راسا لعدم
احتمال المحل اذ لا سبيل الى اعتاق الميت فدعت الضرورة الى التقييد
بوصف الحياة وذكر محمد رحمه الله في الاصل اذا قال اول عبد يدخل علي
فهو حر فدخل عليه عبد ميت ثم حي عتق الحي ولم يذكر خلافا فمن اصحابنا
من قال هذا قول ابي حنيفة خاصة لان ما اضيف اليه الايجاب وهو
العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فصار كانه قال اول عبد يدخل
علي حيا فهو حر كما في الولادة واما عندهما فالعتق لان الحالف اطلق اسم
العبد فيجري على اطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما في الولادة ومنهم من قال
العبد فيجري على اطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما في الولادة ومنهم من قال
فيتفق الثاني لوجود الشرط في حقه بخلاف الولد لان الولد اسم للمولود
مولود حقيقة فان قيل الرق لا يبطل بالموت بدليل انه يجب على المولى كفن
عبده الميت قلنا الجواب ان وجوب الكفن لا يدل على الملك الا ترى ان من مات
ولم يترك شيئا تكفنه على اقاربه ولم يكن هناك ملك واذا زال ملكه عن
الميت صار الثاني في اول عبد دخل عليه فوجد الشرط فيعتق ومن هذا القبيل
قول الرجل كل مملوك لي فهو حر يقع على ما في ملكه للحال حتى لو لم يكن يملك
شيا يوم الحلف كان اليمين لغوا حتى لو ملك في المستقبل لا يعتق لان هذا
الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يتعلق به عتق ما ليس بمملوك له في الحال
وكذا اذا علق بشرط قدم الشرط او اخر بان قال ان دخلت هذه الدار فكل
مملوك لي حر وقال اذا دخلت الدار او متى او متيما او قال كل مملوك لي

حران دخلت الدار فعبده اكله على ما في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل
مملوك املكه ولا نية له لان صيغة افعل وان كانت تستعمل للحال والا
لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة اما العرف فان
من قال فلان ياكل او يفعل كذا يريد به الحال او يقول الرجل فلانا
مملوك الف درهم وهو يريد به الحال واما الشرع فان من قال اشهد
ان لا اله الا الله يكون مومنا ولو قال اشهد ان لفلان على فلان كذا يكون
شاهدا ولو قال اقر ان لفلان على كذا صح اقراره واما اللغة فان هذه
الصيغة موضوعة للحال على طريق الاصالة لانه ليس للحال صيغة
اخرى للاستقبال سين وسوف فكانت للحال اصلا فيها والاستقبال
دخيلا فعند الاطلاق يصرف الى الحال ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه
عتق ما في ملكه في الحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا ان ظاهر
هذه الصيغة للحال فاذا اراد به الاستقبال فقد اراد صرف
الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه ويصدق في قوله اردت ما يحدث
ملكي فيه في المستقبل فيعتق بقراره كما اذا قال لزينب طالق
وله امراة معروفة بهذا الاسم ثم قال لي امراة اخرى بهذا الاسم
عينتها طلقت المعروفة بظاهر اللفظ والمجهولة باعترافه كذا هاهنا
وكذا لو قال كل مملوك املكه الساعة فهو حران هذا يقع على ما في ملكه
وقت الحلف ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك الا ان يكون نوى ذلك
فلزمه ما نوى لان المراد من الساعة المذكورة هي الساعة المعروفة عند
الناس وهي للحال لا الساعة الزمانية التي يذكر المنجمون فيتناول هذا
الكلام من كان في ملكه وقت التكلم لا من يستفيده من بعد فان قال
اردت به من استفيد في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان
اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق في صرف
اللفظ عمن يكون في ملكه للحال وسواء الحلف او علق قدم الشرط او اخر
بان قال ان دخلت الدار فكل مملوك املكه يوم حلفت لانه علق العتق بشرط

فيتناول

فيتناول ما في ملكه لا ما يستفيده كما اذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر فان
قال اردت به ما استحدث ملكه عتق ما في ملكه اذا وجد الشرط باليمين
وما يستحدث باقراره لانه يصدق في صرف الكلام عن ظاهره ويصدق
في التشديد على نفسه فان لم يكن في ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو
لانعقاده لا تتناول للحال فاذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين
لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله ان كلمت فلانا او ان دخلت الدار
فكل مملوك اشتريه فهو حر او كل امراة اتزوجها فهي طالق لان قوله
اشتري او اتزوج لا يحتمل الحال فاقتضى ملكا مستانفا فقد حمل الكلام
او الدخول شرطا لانعقاد اليمين فمن يشتري او يتزوج فيعتق ذلك
بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه اليوم وكذلك لو قال هذا الشهر او
هذه السنة لانه لما وقت بالشهر او اليوم او السنة فلا بد وان يكون التو
قيت
مفيدا ولو لم يتناول الا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مفيدا فان قال
عنيت احد الصنفين دون الاخر لم يدين في القضاء لانه نوى تخصيص
العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه
وبين الله تعالى لان الله مطلع على نيته ولو قال كل مملوك املكه عبدا
فهو حر ولا نية له ذكر محمد رحمه الله في الجامع انه يعتق من في ملكه
في غد ومن كان في ملكه قبله وهو قوله في الاملاء ايضا وهو احدى روايتي
بن سماعه عنه وقال ابو يوسف لا يعتق الا من استفاد ملكه في غد ولا
يعتق من جاء غد وهو في ملكه وهو احدى روايتي بن سماعه عن محمد
وجه قول محمد انه اوجب العتق لكل من يضاف اليه الملك في غد فيتناول
الذي في ملكه في غد والذي كان في ملكه قبل الغد كانه قال في الغد كل مملوك
املكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه قول ابي يوسف ان قوله املكه ان
كان للحال عند الاطلاق لكنه لما اضاف العتق الى زمان في المستقبل انصرف
الى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف اليد بقرينة سين وسوف
فلا يتناول الحال وعلى هذا الخلاف اذا قال كل مملوك املكه راس شهر كذا

بمنوحر وراس الليلة التي يهل فيها الهلال ومن الغد الي الليل وكان
القياس ان يكون راس الشهر وروي ابن سماعة عن ابي يوسف فيمن
قال كل مملوك املكه يوم الجمعة بمنوحر قال ليس هذا علي ما في ملكه انما
هو علي ما يملكه يوم الجمعة وهذا علي اصل ابي يوسف صحيح لانه اضاف
العتق الي زمان مستقبل فان قال كل مملوك لي يوم الجمعة حر فهذا
علي من في ملكه يعتقون يوم الجمعة بمنوحر قال ليس هذا علي ما في
ملكه انما هو علي ما يملكه يوم الجمعة وهذا علي اصل ابي يوسف صحيح
لانه اضاف العتق الي زمان مستقبل فان قال كل مملوك لي يوم الجمعة
حر فهذا علي من في ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هذا علي ما يستقبل
لانه عقد يمينه علي من في ملكه في الحال وجعل عتقهم موقتا بالجمعة
فلا يدخل فيه الاستقبال فاما اذا قال كل مملوك املكه اذا جاء غد فمنوحر
فهذا علي ما في ملكه في قولهم لانه جعل مجيء الغد شرطا لثبوت العتق
لا غير فتعتق من في ملكه لكن عند مجيء غد والله الموفق ومن هذا
القبيل الاعتاق المضاف الي المجهول عند بعض مشايخنا انه تعليق معنى
لا صورة ولا يثبت العتق في احدهما قبل الاختيار وانما يثبت عند
الاختيار في احدهما عينا وهو الذي يختار مقصورا علي الحال كانه
علق عتق احدهما بشرط اختيار العتق فيه كالتعليق بسائر الشروط
من وحول الدار وغير ذلك الا ان ثمة الشرط يدخل علي السبب والحكم
جميعا وههنا يدخل علي الحكم لا علي السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار كذا قال
بعض مشايخنا في كيفية الاعتاق المضاف الي المجهول وبعضهم نسب هذا القول
الي ابي يوسف ويقال انه قول ابي حنيفة ايضا وقال بعضهم هو تخيير العتق في
غير المعين للحال واختيار العتق بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام
السابق من حين وجوده وبعضهم نسب هذا القول الي محمد رحمه الله والحاصل ان
الخلاف في كيفية هذا التعرف علي الوجه الذي وصفنا غير منصوص عليه من
اصحابنا لكنه مدلول عليه واشار اليه اما الدلالة فانه ظهر الاختلاف فيما بين ابي يوسف

ومحمد

ومحمد في الطلاق فيمن قال لامرأتيه احديكما طالق ان العدة معتبرة من
وقت الاختيار في قول ابي يوسف والعدة انما تعتبر من وقت وقوع
الطلاق فدل علي ان الطلاق لم يكن واقعا وانما يقع عند الاختيار مقصورا
عليه وفي قول محمد يعتبر من وقت الكلام السابق وهذا يدل علي الطلاق
قد وقع من حين وجوده وانما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها
الطلاق واما الاشارة فانه روي عن ابي يوسف انه قال اذا اعتق احد
عبديه يعلق العتق بذمته ويتحول له اعتق وهذا اشارة الي ان العتق
غير نازل في المحل اذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى قوله
تعالي اعتق اي اختر العتق لاجماعنا علي انه لا يكلف بانشاء العتق
وذكر محمد رحمه الله في الزيادات قال له بين وهذا اشارة الي الوقوع
في غير المعين لان البيان للموجود لا للمعدوم والي هذا ذهب الكرخي
والقدوري وحققا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد الا ان القدوري حكي
عن الكرخي انه كان يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا
في الطلاق بالاجماع من قبل ان العتاق يحتمل الثبوت في الذمة والطلاق
لا يحتمل قال وكان غيره من اصحابنا يسوي بينهما لان الطلاق ايضا
يحتمل الثبوت في الذمة والطلاق لا يحتمل في الجملة الا تري ان الطلاق
واجب علي العينين وانما يقوم القاضي مقامه في التفريق والصحيح
انهما سيان بيانه ان تعليق العتق بالذمة ليس معناه الا انعقاد سبب
الوقوع من غير وقوع وهو معني حق الحرية دون الحقيقة وهما في هذا
المعني سيان وجه القول الاول ان قوله احدكما تخيير للحرية في احدهما
وليس بتعليق حقيقة لانعدام حروف التعليق الا انه يتخير في غير المعين
فيتعين بالاختيار وجه القول الثاني ان العتق اما ان يثبت باختيار
العتق واما ان يثبت بالكلام السابق والاول لا سبيل اليه لان اختيار
العتق لم يعرف اعتاقا في الشرع الا تري انه لو قال لعبده اخترت عتقك
لا يعتق فلا بد وان يثبت بالكلام السابق فلا يخلو اما ان يثبت حال وجوده

في احدهما غير عين واما ان يثبت عند وجود الاختيار في احدهما
عينا وهو تفسير التمليك بشرط الاختيار لا وجه للاول لانه ربما
عينا رعاية للحر فيلزم القول باثنتا العربية من الحوالي الرقيق واشتمال
الرق من الرقيق الي الحر او استرقاق الحر والاول محال والثاني غير
مشروع فتعين الثاني ضرورة وهو ان يثبت العتق عند وجود الاختيار
بالكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو تفسير التمليك
ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان منهم من قال البيان
الظهار محض ومنهم من قال انه الظهار من وجه وانشاء من وجه واستدلوا
بما ذكر محمد رحمه في الزيادات في موضع يقال له بين وفي موضع
يقال له اعتق وزعموا ان المسائل تخرج عليه وهذا غير سديد لان
القول الواحد لا يكون الظهارا وانشاء لان الانشاء اثبات امر لم يكن و
الاظهار ابتداء امرين وبينهما تنافي وثمرة هذا الاختلاف تظهر في
الاحكام واعني الظاهر منها رصفة بعضها يدل على صحة القول الاول
وبعضها يدل على صحة القول الثاني ونحن نشير الي كل ذلك اذا
انتهينا الي بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه واما ترجيح
احد القولين على الاخر وتخريج المسائل عليه فمذكور في الخلافيات
واما التمليك بالملك او بسببه صورة ومعنى فنحو ان يقول لعبد
لا يملكه ان ملكتك فانت حر واما ان اشتريتك فانت حر وانه صحيح
عندنا حتى لو ملكه او اشتراه لعتق وان لم يكن الملك موجودا وقت
التمليك وقال الشافعي لا يصح ولا يعتق وقال لشتر المرتسي يصح
التمليك بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشراء واما الكلام مع الشافعي
فعلى نحو ما ذكرنا في كتاب الطلاق لوجوه منها قوله ان اليمين
بالطلاق والعتاق لا يصح الا في الملك او مضافا الي الملك ولم توجد
الاضافة الي الملك لان الشراء قد يفيد الملك للمشتري وقد لا يفيد كما
لو اشترى بشرط الخيار وشرى الوكيل فلم توجد الاضافة الي الملك فلا يصح

بخلاف قوله ان ملكتك ولنا ان مطلق الشراء ينصرف الي الشراء المعتاد
وهو الشراء لنفسه ومن غير شرط الخيار وانه من اسباب الملك فكان
ذكره ذكرا للملك والاضافة اضافة الي الملك كانه قال ان ملكتك فانت
حر ولانه لما علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء لثبوت الملك
العتق فان هذا تعليق العتق بالشراء الموجب للملك كانه قال اشتريتك
شراء موجبا للملك فقد وجد الشرط فيعتق ولو قال ان تزوجت
جارية فهي حرة فاشترى جارية فلشراها لا تعتق عند اصحابنا الثلاثة
خلافا لزفر ولو تسري جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت بالاجماع وجه قول زفر الله وجدت الاضافة الي الملك لان التسري
لا يصح بدون الملك فكانت الاضافة الي التسري اضافة الي الملك
فيصح التعليق ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة
الي الملك والكلام فيه ولا الي سبب الملك لان التسري ليس من
اسباب الملك الا ترى انه يتحقق في غير الملك كالجارية المغصوبة و
اليمين بالعتاق والطلاق لا يصح الا في الملك او مضافا الي الملك او
او سببه ولم يوجد شيء من ذلك واما قوله ان التسري ووجوده
شرط والتسري نفسه يوجد في غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقا
بسبب الملك فلا يصح ثم اختلف في تفسير التسري قال ابو حنيفة
ومحمد رحمهما الله هو ان يطأها وحبسها ومنعها من الخروج والبروز
سواء طلب منهما الولد او لم يطلب وقال ابو يوسف طلب الولد مع
التحصين وجه قوله ان الانسان يطأ جاريته ويحبسها ولا يقال لها
سرية وانما يقال ذلك اذا كان يطلب منهما الولد او يكون ام ولده فان
هو العرف والعادة ولهما ان لفظ التسري ما يدل على طلب
الولد لانه اما ان يكون ماخوذا من السر وهو السرور فتسمى
الجارية سرية بمعنى انها تسر مولاها واما ان يكون ماخوذا من السر
اي اسرا فمن واما ان يكون ماخوذا من السر وهو الجماع قال الله تعالى

ولكن لا تواعدهن سرا قيل جماعا وليس في احدهما ما ينبي عن طلب
الولد ولو وطي جارية كانت في ملكه يوم الحلف فعلقت منه لم
تعتق لعدم التسري لانه لم يوجد منه الا الوطي والوطي وحده
لا يكون تسريا بالاجماع فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق ولو قال
لامراة حرة ان ملكتك فانت حرة او قال لها ان اشتريتك فانت حرة
فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها انا ٤
ذكر محمد رحمه الله في الجامع ان على قياس قول ابي حنيفة رحمه
الله لا تعتق وعند ابي يوسف ومحمد تعتق يعني به قياس قوله
في المكاتب والعبد الماذون اذا قال كل عبد املكه فيما استقبل فهو
حر او قال كل عبد اشتريه فهو حر تعتق ثم ملك عبدا او اشترى عبدا
على قول ابي حنيفة رحمه الله لا تعتق وعند ابي يوسف ومحمد تعتق
يعني به قياس قوله في المكاتب والعبد الماذون اذا قال كل عبد
املكه فيما استقبل فهو حر تعتق ثم ملك عبدا او اشترى عبدا على قول
ابي حنيفة لا تعتق وعلى قولهما تعتق والمسئلة مرت في موضعها
ولو قال لامة لا يملكها ان اشتريتك فانت حرة بعد موتي صورة
التدبير وقد علقه بالشرا فيصير عند الشرا قايلا انت حرة بعد
موتي صورة التدبير وقد علقه بالشرا فيصير واما التعليق بالملك
او سببه معنى لا صورة فهو ان يقول لحر كل مملوك املكه فيما
استقبل فهو حر ويتعلق العتق بملك يستفيده لانه نص على الاستقبال
وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في النوادر اذا قال كل جارية اشتريها
الي سنة فهي حرة فكل جارية يشتريها الي سنة فهي حرة ساعة يشتريها
قال وان كان قال كل جارية اشتريها الي سنة فهي حرة فاشتري جارية
لم تعتق الي سنة لان في الفصل الاول عقد يمينه على الشرا في السنة فيعتق
كل جارية يشتريها في السنة ساعة الشرا كانه قال عند الشرا انت حرة
فتعتق وفي الفصل الثاني جعل الشرا شرطا لعتق موقت بالسنة فكانه
قال بعد الشرا انت حرة الي سنة قال ولو قال كل مملوك اشتريه فهو

حر

حر عندا فهذا عندي على كل مملوك يشتريه قبل الغد فان اشتري عبدا ٣٤١
عند الا يعتق لانه جعل الشرا شرطا لنزول حرية موقتة وجود الغد
فلا بد من تقدم الملك على الغد لتنزل الملك المعتق الوقت به ولو قال
كل مملوك املكه الي ثلثين سنة فهذا على ما يستقبل في ملكه الثلثين
سنة اولها من حين حلف بعد سكوته في قولهم جميعا ولا يكون
على ما ملكه قبل ذلك لانه لما اضاف العتق الي الاستقبال تعين اللفظ
للمستقبل واذا انصرف الي الاستقبال لا يحمل على الحال لان اللفظ
الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غدا عند محمد لانه
ذاك ليس اضافة الي الاستقبال بل هو ايقاع عتق كل موصوف
بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفة وكذلك اذا قال كل
مملوك املكه ثلثين سنة او في ثلثين سنة او قال املكه الي سنة
او سنة او قال املكه ابدا او الي ان اموت فمذ اكله مات او الي ان
اموت فمذ اكله واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان في ملكه
لانه اضاف الحرية الي المستقبل فان قال اردت بقولي كل مملوك
املكه سنة او يكون ملكي ملكه يوم حلف مستدام سنة دين فيما
بينه وبين الله تعالي ولم يدين في القضا لان الظاهر انه وقت السنة
لاستفادة الملك كالاستمرار الملك القايم فلا يصدق في العدول
عن الظاهر انه وقت السنة لاستفادة الملك ولو قال اذا دخلت
الدار فكل مملوك املكه يوم عينه فهو حر وقال اذا قدم فلان فكل
مملوك املكه يوم عينه فهو حر ولا نية له عتق ما في ملكه يوم دخل الدار
لانه علق عتق كل عبد يكون مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان
معنى قوله يوم عينه فهو حر ولا نية له عتق ما في ملكه يوم دخل الدار
هذا هو مقتضى اللغة لان تقديره يوم ان ادخل الدار الا انه حذف
الفعل وعوض عنه ما للتنوين فيعتق كل ملكان مملوكا له يوم الدخول
كانه قال عند الدخول له كل مملوك لي فهو حر وسواء دخل الدار ليلا

او نهارا الا ان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله تعالى ومن
يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة فقد باء بغضب
من الله وماواه جهنم وبئس المصير وعند الوعيد يلحق للولي دبره
ليلا ونهارا ولان غرضه الحالف الامتناع من تحصيل الشرط فلا يختص
بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك اشتريه فهو حر اذا كلمت فلانا
واذا اجاء غد ولا نية له فلمذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام وكل مملوك
اشتراه قبل الكلام ثم كلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق ولو
قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا اذا كلمت فلانا او اذا كلمت فلانا لو
اذا اجاء فكل مملوك اشتريه فهو حر فمذا على ما يشتريه بعد الكلام
لا قبله حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم
ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشتري بعده يعتق ووجه الفرق ان في
الفصل الاول جعل الكلام شرط لحلال اليمين لانه قوله كل مملوك يشتريه
فهو حر يمين تامة لوجود الشرط والجزاء فاذا قال ان كلمت فلانا فقد جعل
كلام فلان غاية لا لحلال لما قد اكلمه الحلت فلا تدخل ما بعد الكلام كقوله
كل مملوك لي حر ان دخلت الدار وفي الفصل الثاني جعل كلام فلان
شرط انعقاد اليمين فاذا كلمه الان انعقدت اليمين فيدخل فيه ما بعده لا
ما قبله فيصير كانه قال عند الكلام كل مملوك اشتريه فهو حر وذا كر يتناول
المستقبل ولو قال لكل مملوك اشتريه اذا دخلت الدار فهو حر او قال ان
قدم فلان فمذا على ما يشتريه بعد الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق ما
اشتري قبل ذلك الا ان يعينهم لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين
فيصير عند دخول الدار كانه قال كل مملوك اشتريه فهو حر والدليل
على انه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين ان قوله كل مملوك اشتريه
شرط وقوله اذا دخلت الدار شرط اخر ولا يمكن ان يجعلا شرطا واحدا
لعدم حرف العطف ولا سبيل الى الغاء الشرط الثاني لان الغاء تصرف العاقل
مع امكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان احدهما ان

جعل

يجعل الشرط الثاني مع جزائه يمينا وجزاء الشرط الاول وحينئذ لابد
من ادراج حرف الفاء ان الجزاء المعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفا
وفيه تقييد والثاني ان يجعل شرط الانعقاد فيه تقييدا ايضا يجعل المبتدا
من الشرطين موخرا الا ان التقييد فيه اقل لان فيه تبديل محل الكلام لا غير
الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثاني اقل تغييرا فكان التصحيح به
اولى ويسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض شرط بين
الشرط والجزاء ولو نوى الوجه الاول صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولهذا
قال محمد رحمه الله الا ان يعني غير ذلك فيكون على ما عنى ولو قال الكاتب
او العبد المأذون كل عبد املكه فهو حر فعتق ثم ملك عبدا لا يعتق
لان قوله املك للحال لما بينا وله للحال نوع ملك الا انه غير صالح للاعتاق
فتحمل اليمين لا الى جزاء ولو قال كل مملوك املكه اذا اعتقت فهو حر فعتق
فملك عبدا عتق لانه علق العتق بالملك الحاصل بعد عتقه وانه ملك صالح
للاعتاق فصحت الاضافة بخلاف الصبي اذا قال كل مملوك املكه بعد البلوغ
فهو حر ثم بلغ فملك عبدا لا يعتق لان الصبي ليس من اهل الاعتاق تنجيزا
وتعليقا لكونه من التصرفات الضاره المحضة فاما العبد فهو من اهله
لكونه عاقلا بالغا الا انه لا يتقيد تنجيز العتق سنة لعدم شرطه وهو الملك
الصالح فاذا علق بملك يصلح شرطا له صح ولو قال كل مملوك املكه فيما
استقبل فهو حر او قال مملوك اشتريه فهو حر فعتق فملك بعد ذلك عبدا
او اشتري عبد لا يعتق عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يعتق
وجه قولهما ان قوله املكه فيما استقبل يتناول ما يملكه ابي احر عمره فيعمل
بعموم اللفظ كما في الحر ولابي حنيفة الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه وفي الحمل
على الحال ابطاله فكان الحمل على الاستقبال اولى ولابي حنيفة ان للمكاتب
ملك وهو مراد بهذا الايجاب بالاجماع بدليل انه لو قال ان ملكت هذا
العبد بعينه في المستقبل فهو حر فملكه في حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد
ما صار حرا لا يعتق وتحمل اليمين باشتراء الاول لان الملك المجازي مراد فخرجت

الحقيقة فمتى امكن ان تكون ارادة كيلا يودي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز
بلفظ واحد وقد قالوا في عبد قال لله علي عتق نسمة او اطعام مساكين
لزمه ذلك وكان عليه اذا اعتق لان هذا ايجاب الاعتاق والاطعام في
الذمة وذمته تحتمل الايجاب فيصح ويلزمه الخروج عنه بعد العتق
ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر وان اشتريت هذه الشاة
فهي هدي لم يلزمه ذلك في قياس قول ابي حنيفة حتى يضيف
الي ما بعد العتق فيقول ان اشتريته بعد العتق وقال ابو يوسف
ومحمد يلزمانه لان من اصل ابي حنيفة رحمه الله ان العبد يضاف
اليه الشراء في الحال وان كانت بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية
والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة ومن اصلهما ان هذا يتناول
من الشراء ممره وتصحيح اليمين ايضا ولا من ابطالها وقد قالوا جميعا
في مكاتب او عبد قال ان دخلت الدار فعبدي هذا حر ثم اعتق
فدخل الدار لم يعتق لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم نوجد الاضافة
الى ما يصلح وقالوا في حر قال لامرأة حرة اذا ملكتك فانت حرة
او اذا اشتريتك فانت حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت
واشتراها الحالف انها لا تعتق في قياس قول ابي حنيفة وعندهما تعتق
بناء على ان من اصل ابي حنيفة ان تعجل الملك والشرعي على ما يقبل التعجل
فهو ملك النكاح هاهنا والشرعي ايضا يصلح عبارة عن سبب هذا الملك
وهو النكاح والحرية ايضا تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق وكلام
ابي حنيفة في هذا الفصل اظهر لان اليمين تحمل على ما يسبق الى
الافهام ولا تنصرف الافهام الى ارتدادها ولحقت بدار الحرب وسبيها
لان ذلك غير مظنون بالمسلمة فكان صرف كلامه الى ما ذكرنا اولا الى
ما لا يسبق اليه الافهام ومن اصلهما ان تعجل مطلق الملك على الملك
الحقيقي الصالح للاعتاق وهو الذي يوجد بعد السبي ولو قال
لها اذا ارتددت وسبيت فملكتك او اشتريتك فانت حرة فكان

ثلاثة

ذلك عتقت لانه اضاف العتق الى الملك الحقيقي فيضاف اليه والله اعلم ومن
هذا القبيل اذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشتري عبدا عتق لان الاول
اسم لفرد سابق وقد وجد ولو اشتري عبدين معا ثم اشتري عبدا لم يعتق
الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد انعدم معنى السبق وقد استشهد
محمد رحمه الله في الكتاب لبيان ان الثالث ليس بأول انه لو قال لاحر عبد
اشتريه فهو حر فاشتري عبدين معا ثم اشتري عبدا ثم مات المولى انه
يعتق الثالث فدل انه اخر ولو قال اول عبد اشتريه واحدا فهو حر عتق
الثالث ولو كمل لانه اعتق عبدا بصفة بكونه واما بقاء حالة ورداء
سابقا حالة الشراء وقد وجد هذا الوصف في العبد الثالث ولو قال
لاحر عبد اشتراه فهو حر فاشتري عبدا ثم لم يشتر غيره حتى مات
المولى لم يعتق لان الاحر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان
اولا لا اخرا ولو اشتري عبدا ثم عبدا ثم مات المولى عتق الثاني لانه
اخر عبدا اشتراه واختلف في وقت ثبوت العتق فعند ابي حنيفة
يعتق يوم اشتري وعند ابي يوسف ومحمد يوم مات وجه قولهما
انه علق العتق بصفة الاخرية واما يتحقق عند موته اذا لم يشتر
اخر لانه لو اشتري بعده عبدا اخر خرج هو من ان يكون اخرا فيتوقف
اتصافه بكونه اخرا على عدم الشراء بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت
ولابي حنيفة انه لما اشترى اخرا حتى مات تبين انه كان اخرا من حين اشتراه
الا انا كنا لا نعرف ذلك لجواز ان يشتري اخر بعده فتوقفنا في تسميته اخر
من كل عبد اشتراه فاذا لم يشتر اخرا حتى مات زال التوقف وتبين انه
كان اخرا من وقت الشراء ولو اشترى عبدا ثم عبدين لم يعتق احدهم اما
الاول فلا شك فيه لانه اول فلا يكون اخرا واما الاخران فلان الاخر اسم
لفرد لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق احدهما واما بيان ما يظهر
به وجود الشرط ما لحالف لا يخلوا اما ان يكون مقرا بوجود الشرط واما
ان يكون منكرا وجوده فان كان مقرا يلزمه باقراره كائنا ما كان الشرط فان

كان الشرط مما لا يعرف الا من قبل المحلوف بقتقه كمشيته ومحبته وبغضه
والحيض وخود لك يظهر بقوله وان اختلفا كان القول قوله وان كان امرا يمكن
الوصول اليه من قبل غيره كدخول غيره وكلام زيد وقدوم عمرو وخود لك
اذا اختلفا لا يظهر الا ببينة تقوم عليه من العبد ويكون القول عند عدم البينة
قول المولى لان العبد يدعي عليه العتق وهو ينكر فكان القول قوله مع
يمينه ولو كان الشرط ولادة الامة بان قال لها ان ولدت فانت حرة فقالت
ولدت وكذبها المولى فشهدت امراة على الولادة لا تعتق عند ابي حنيفة
حتى يشهد على الولادة رجلان او رجل وامراتان وعندهما تعتق بشهادة
امراة واحدة ثقة والمسلمة مرت في فصول العدة من كتاب الطلاق واما
الثالث وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف
اليه ومن لا يدخل نقول وبالله التوفيق يدخل تحت عبد الرهن والوديعة
والابق والمغصوب والمسلم والكافر والذكر والانثى لانعدام المخلل
في الملك والاضافة ولو قال عبيدي دون الاناث لم يدين
في القضاء لانه ادخل كلمة الاحاطة على المملوك فاذا نوى به البعض
فقد نوى تخصيص العموم والله خلان الظاهر فلا يصدق في القضاء
ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ويدخل
فيه المدبر وام الولد وولدها لما قلنا الا ترى ان للمولى ان
يطا المدبرة وام الولد مع ان حل الوطي منفي شرعا الا باحد نوعي الملك
مطلقا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم فاعلم غير ملومين ولا يدخل فيه المكاتب الا ان يعينه
لانه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا يدا فاختل الملك والاضافة
فلا يدخل تحت الطلاق اسم المملوك ولعبده الاحل له وطيها يلزمه العقر
وان عنى به المكاتبين عتقوا لان الاسم يحتمله ما عنى وفيه تشديد على نفسه
فيصدق وكذا لا يدخل فيه عبده الذي عتق بعضه لانه حر عندهما وعنده
بمنزلة المكاتب ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين او لم يكن لما قلنا

واما

واما عبد عبده المأذون اذا لم يكن عليه دين فمثل يدخلون قال ابو حنيفة
وابو يوسف لا يدخلون الا ان ينوعيم وقال محمد يدخلون من غير نية لهما
ان في الاضافة الى قصور الا ترى انه يقال هذا عبد فلان وهذا امة عبده
فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية لانه لما نوى فقد اعتبر الملك
دون الاضافة والحاصل ان محمدا رحمه الله يعتبر نفس الملك والاخلال
في نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفي الاضافة خلل واعتبارهما اولى
لان الحالف اعتبرهما جميعا بقوله كل مملوك لي فالم يوجد اعلى الاطلاق
لا تعتق وان كان على عبده دين محيط برقبته وهما في يده لم تعتق عبده
وان نواهم عند ابي حنيفة بناء على ان اصله ان المولى لا يملك عبد عبده
المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه وقال ابو يوسف ان
نواهم عتقوا لانهم مما يملكه الا انهم لا يضافون اليه عند الاطلاق
فاذا نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوهم
بناء على ما ذكرنا ان محمدا رحمه الله لا ينظر الا الى الملك وهما ينظران الى الملك
والاضافة جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه وبين اجنبي كذا قال ابو يوسف
لان بعض الملوك لا يسمى مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه
نوى ما يحتمله لفظه في الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل
يدخل فيه الحمل ان كانت امة في ملكه يدخل ويعتق بعتقها وان كان في ملكه
الحمل دون الام بان كان موصلا به الحمل لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا
على الاطلاق لان في وجوده خطرا والعبد لا يجب على المولى صدقة الفطر
عنه والدليل عليه انه لو قال ان اشتريت مملوكين فيها حران فاشترى
جارية حاملا لم يعتقا لان شرط الحنث شراء مملوكين والحمل لا يسمى مملوكا على
الاطلاق وكذا لو قال لا امتلك مملوكا لي غيرك فهو حر لم يعتق حملها
فثبت ان الطلاق اسم المملوك لا يتناول الحمل فلا تعتق الا اذا كانت
امة في ملكه فيعتق بعتقها لانه في حكم اجزائها واما التعليق الذي
فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والاعتاق على مال اما الكتابة

فلما كتاب مفرد واما الاعتاق على مال فالكلام فيه في مواضع في بيان
الفاظه وفي بيان ماهية الاعتاق على مال فالكلام فيه في بيان يصح تسميته
فيه من البدل ومالا يصح وفي بيان حكم صحة التسمية وفسادها اما
الاول فنحو ان يقول لعبده انت حر على الف درهم او فالف درهم او على
ان تعطيني الف درهم او على ان تؤدي الي الفا او على ان تعبني بالف
او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها الي وكذا لو قال لعبده نفسك مني
على ان تعوضني كذا فعبد او قوله انت حر على كذا او اعتقتك على كذا سواء قبل
عتق والمال وكذا لو قال لعبده نفسك مني على ان تعرضني كذا فعبد او قوله
انت حر على كذا او اعتقتك على كذا سواء قبل عتق والمال دين عليه لما
ذكرنا فيما تقدم ان البيع ازالة ملك البايع عن البيع والهبة ازالة ملك
الواهب عن الموهوب ثم ان كان المشتري والموهوب له ممن يصح له الملك
في البيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد مما لا يصح ان يملك نفسه
لما فيه من الاستحالة فبقي البيع والهبة ازالة الملك لا الى احد يبدل على العبد
وهو تفسير الاعتاق على مال ولو قال له انت حر وعليك الف درهم
يعتق من غير قبول عند ابي حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فاذا
قبل عتق ولزمه المال وعلى هذا الخلاف اذا قال العبد لمولاه اعتقني ولك
الف درهم فاعتقه والمسئلة ذكرت في كتاب الطلاق واما بيان ماهية
الاعتاق على مال من جانب المولى تعليق الشرط بشرط قبول العوض
فنراعي فيه مرة جانبه احكام التعليق حتى لو ابتدأ المولى فقال انت
حر على الف درهم ثم اراد ان يرجع عنه قبل العبد لا يملك الرجوع
عنه ولا المسخ ولا السمي عن القبول ولا يبطل لفيامه مدة عن المجلس قبل
قبول العبد ولا يشترط حضور العبد حتى لو كان غايبا عن المجلس
ويصح تعليقه بشرط واضافته الى وقت بان يقول له ان دخلت الدار
او ان كلمت فلانا فانت حر على الف درهم او يقول انت حر على الف درهم
غدا او راس شهر كذا وخذ ذلك ولا يصح شرط الخيار فيه بان قال انت

حر

حر على الف على اني بالخيار فيه ثلاثة ايام ومن جانب العبد معاوضة
وهو معاوضة المال بالعتق لانه من جانبه تمليك المال بعوض وهذا معنى
معاوضة المال فنراعي فيه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه حتى لو ابتدأ
العبد فقال اشتريت نفسي منك بكذا فله ان يرجع عنه ويبطل بقيامه
عن المجلس قبل قبول المولى وبقيامه ايضا ولا يتقيد على الغايب عن المجلس
ولا يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت بان قال اشتريت نفسي
منك بكذا اذا جاء غد او قال غدا او راس شهر كذا ولو قال اذا جاء غد فانا
فاعتقني على كذا جاز لان هذا توكيل منه بالاعتاق حتى يملك العبد عزله
قبل وجود الشرط وبعده قبل ان يعتق ولو لم يعزله حتى اعتقه نفذ
اعتاقه ويجوز شرط الخيار عند ابي حنيفة على ما ذكرنا في كتاب الطلاق
في فصل الخلع والطلاق على مال ولا يصح الاعتاق على مال الا في الملك لان
التعليق بما سوى الملك وسببه لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة
ويتقيد العبد بنفس القبول لانه من جانبه تعليق العتق بشرط قبل العوض
وقد وجد الشرط فيتزل المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره ومن
جانب العبد معاوضة وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول
العوض في المعاوضات وصار كالبيع ونحوه بخلاف قوله ان ادبت
الي الفا فانت حر لانه ليس معنى المعاوضة راسا بل هو تعليق محض
وقد علقه بشرط الاداء فلا العتق قبله والعتق هاهنا تعلق بالقبول
فاذا قبل عتق ولو قال اعتقتك امس بالف درهم فلم تقبل فقال العبد
قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه من جانب المولى تعليق بشرط
القبول والعبد يدعي الدخول وانكر المولى كان القول قول المولى لذا هاهنا
ولو كان هذا الاختلاف في البيع كان القول قول المشتري بان قال البايع لعبده
عبدي امس بالف درهم فلم تقبل فقال المشتري قبلت فالقول قول المشتري
والفرق ان البيع لا يكون بيعا الا بقبول المشتري فاذا قال لعبده فقد اقر
بالقبول فقوله فلم تقبل يريد الرجوع عما اقر به وابطال ذلك فلم يقبل بخلاف

الاعتاق على مال لان كونه تعليقا لا يقف على وجود القبول من العبد انما
ذلك شرط وقوع العتق فكان الاختلاف واقعا في ثبوت العتق وعدمه
فكان القول قوله في القدر المستحق كما في سائر الديون ولانه لو وقع الا
ختلاف في اصل الدين كان القول قول المنكر فكذا اذا وقع في القدر فان
اقاما بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت زيادة خلاف التعليق
بالادا اذا اختلفا في مبلغ المال ان القول فيه قول المولى لان الاختلاف
هناك وقع في شرط ثبوت العتق اذ هو تعليق فالعبد يدعي العتق
على المولى وهو منكر فكان القول قوله فان اقاما البينة فالبينة بينة
المولى لان الاصل هو العمل بالبينتين ما امكن اذ هو عمل بالدليلين
وها هنا امكن الجمع بينهما لان الدوم الثاني لا فاتجعل كان المولى علق عتقه
بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق ثم قبل العبد عتق
وصار البدل المذكور دينا في ذمته اذا كان مما يحتمل الثبوت في الذمة
في الجملة على ما تبين ويسعى وهو حر في جميع احكامه وذكر في الزيادات
اصلا فقال المسلشي على ضربين كل من يسعى للتخليص رقبته فهو في
حكم المكاتب عند ابي حنيفة وكل من يسعى في بدل رقبته الذي لزمه
بالعتق او في قيمة رقبته لاجل بدل شرط عليه او لدين ثبت في رقبته
فهو بمنزلة الحر في احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده الراهن المرهون
وهو معسر وكذلك العبد المأذون اذا اعتق وعليه دين وكذلك امة
اعتقها سيدها على ان تتزوجه فقبلت ثم ابت فانها تسعى في قيمتها
وهي بمنزلة الحرة وكذلك اذا قال لعبده انت حر على قيمة رقبتك فقبل
ذلك فهو بمنزلة الحر وانما كان كذلك لان السعاية في هذه الفصول لزمت
لعدم ثبوت الحرية وفي الفصل الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل
بالسعاية الى الحرية عند ابي حنيفة وعلى هذا الوابرا المولى المكاتب من
بدل الكتابة ولم يقبل فهو حر وعليه ان يؤدي الكتابة لان الابرا يصح
من غير قبول الا انه يرتد بالرد لكن فيما يحتمل الرد والعتق لا يحتمل

الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق ويلزمه المال
ولو قال لامته انت حرة على الف درهم فقبلت ثم ولدت ثم اماتت
لم يكن على الولد ان يسعى في شيء مما اعتقت عليه لانها عتقت بما
لم يكن في بطن امها وسواء اعتق عبده على عوض فقبل او
نصف عبده على عوض له يصح غير انه اذا اعتق نصفه على عوض
فقبل اعتق بالعوض ويسعى العبد في نصف قيمته على النصف الاخر
فاذا ادى السعاية عتق باقيه وهو قبل الاداء بمنزلة المكاتب في جميع
احكامه الا انه لا يرد في الرق وهذا قول ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف
ومحمد لعتق كله ولا سعاية عليه بناء على ان العتق يتجزى عنده فعتق
البعض لا يوجب عتق الباقي فيجب تخريجه الى العتاق فيلزمه
السعاية وعندهما لا يتجزى عتق البعض لبعض عتقا للكل بذلك
العوض وذكر محمد في الزيادات فيمن قال لعبده انت حر على الف درهم
انت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه المالان
جميعا وكذلك لو قال لامرأته انت طالق ثلاثا على الف درهم انت طالق
ثلاثا على مائة دينار فقالت قد قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا
وهذا قول محمد وقال ابو يوسف في مسئلة الطلاق القبول على الكلام
الاخير وهي طالق ثلاثا بمائة دينار قال الكرخي وكذلك قياس
قوله في العتق ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم اوجب بعوض
اخر فقد انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثاني كما في البيع ولمحمد
رحمه الله ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج
والله لا يحتمل الانفساخ فلم يتضمن الايجاب الثاني انفساخ الاول
فيصح الايجابان ويصرف القبول اليهما جميعا اذ هو يصلح جوابا
لهما جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل الفسخ فتضمن الثاني
انفساخ الاول ولو باع المولى العبد من نفسه او وهب له نفسه
على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لانه مملوك بسبب لا ينفسخ

بمملاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال
موجل ويكون ذلك دينا عليه موجلا وله ان يشتري شيئا بمثله عند سيا
بدا بيد ولا خير فيه بسبب لان من اصل اصحابنا ان الديون جميعا يجوز
التصرف فيها قبل القبض كاثمان المبيعات والعروض والمغصوب
الا بدل الصرف والسلم والله لابد من القبض في المجلس ليلا يكون
افتراقا عن دين بدين ولو اعطاه كفيلا بالمال الذي اعتقه عليه فهو
جايز لانه صار حرا بالقبول والكفالة له بدين على حر جايزة كالكفالة
بساير الديون وولاوه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال دين
على العبد لانه من جانبه معاوضة والمولى ايضا لم يرض بخروجه
عن ملكه الا بدل وقد قبله العبد والله اعلم واما بيان ما يصح تسميته
من البدل وما لا يصح وبيان حكم صحة التسمية وفسادها فالبدل
لا يخلو اما ان يكون منفعة وهي الخدمة فان كان عين مال فاما ان
كان بعينه فان كان مسمى مشارا واما ان كان مسمى غير مشار اليه
فان كان بعينه عتق اذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضا
ثم ان اجاز المالك سلم عينه الى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة
العين لان تسميته قد صحت ثم قد رتسلمه لحق العتق فتجب
قيمته اذ الاعتاق على القيمة جايز كما اذا قال اعتقتك على قيمة رقبتك
او على قيمة هذا الشيء فقبل يعتق وكذا عدم الملك في باب البيع لا يمنع
صحة التسمية ايضا حتى لو اشترى شيئا بعبد مملوك لغيره صح
العقد الا ان هناك اذا لم يجز المالك ينفسخ العقد لانه لا سبيل الى ايتا ٤٥
على القيمة اذ البيع بالقيمة بيع فاسد وها هنا لا ينفسخ لامكان
الايفاء على القيمة اذ الاعتاق على القيمة اذ البيع بالقيمة اعتاق صحيح
فتجب قيمته كما في باب النكاح والخلع والطلاق على مال وان كان غير
عينه فان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل
والموزون فعليه المسمى وان كان معلوم الجنس والنوع مجهول

الصفة

الصفة كالثياب المروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه
الوسط من ذلك واذا جاء بالقيمة جبر المولى على القبول لان جهالة الصفة
لا تمنع صحة التسمية كما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع
والصلح عن دم العمد وان كان مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه
قيمة نفسه لان الجهالة متفاحشة فتفسد التسمية والاصل فيه ان
كل جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة
الزايدة على جهالة مهر المثل في باب النكاح والكلام فيه كالكلام في المهر
وقد ذكرناه على الاستقصاء في كتاب النكاح الا ان هناك اذا فسدت
التسمية تجب مهر المثل وها هنا تجب قيمة العبد لان الموجب الاصلي
هناك مهر المثل لان قيمة البضع وهو العدل والمصير الى المسمى عند
صحة التسمية فاذا فسدت صير الى الموجب الاصلي والموجب الاصلي
ها هنا قيمة العبد لان الاعتاق على مال معاوضة من جانب العبد
وسبيل المعاوضة على المعادلة وقيمة الشيء هي التي تعادله الا ان عند
صحة التسمية يعدل عنها الى المسمى فاذا فسدت وجب العوض الاصلي
وهو قيمة نفس العبد وان كان البدل منفعة وهي خدمته بان قال العبد
انت حر وخدمتك حر على ان تخدمني سنة فقبل وهو حر حين قبل ذلك
والخدمة عليه يوخذ بها الان تسمية الخدمة قد صحت فيلزمه المسمى
كما اذا اعتقه على مال عين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة
لانه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة ان ياخذوا العبد
بقيمة نفسه وان كان قد خدم بعض السنة فلهم ان ياخذوه بقدر ما
بقي من الخدمة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يوخذ العبد
بقيمة تمام الخدمة ان كان لم يخدم وان كان قد خدم بعض الخدمة يوخذ
ما بقي من الخدمة وكذلك اذا قال انت حر على ان تخدمني اربع سنين
فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه
قيمة خدمته اربع سنين ولو كان قيمة سنة خدمة سنة ثم مات المولى فعلى

قولهما على العبد ثلاثة ارباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته
ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضي لمولاه في ماله بقيمة
نفسه عندهما وعنده يقضي بقيمة الخدمة واصل المسئلة اذا من باع العبد
من نفسه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية ففي قولهما يرجع المولى
على العبد بقيمة نفسه وعلى قول محمد يرجع عليه بقيمة الجارية وكذلك
لو لم تستحق ولكنه وجدها عيبا فردها فهي على هذا الاختلاف وجملة
الكلام فيه ان المولى اذا قبض العوض ثم استحق من يده فان كان بغير
عينه كالمكيل والموزون الموصوفين في الذمة والعرض والحيوان
كالثوب المروي والفرس والعبد والجارية ففي العبد مثله في المكيل
والموزون والوسط في العرض والحيوان لان العقد وقع على مال في
الذمة واما المقبوض عوض ما في الذمة فاذا استحق المقبوض فقد
انفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد على حاله فلهذا يرجع على
العبد بذلك وان كان عينا في العقد وهو مكيل او موزون فكذلك يرجع
المولى على العبد بمثله لما قلنا وان كان عرضا او حيوانا فقد قال ابو
حنيفة وابو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد يرجع
بقيمة المستحق وجه قول محمد ان العقد لم ينفسخ باستحقاق العرض
لانه لا يحتمل الفسخ فبقي موجبا تسليم العرض وقد عجز عن تسليمه
فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد ولهما ان العقد انفسخ
في حق احد العوضين وهو المستحق لانه تبين انه وقع على عين هي ملك
المستحق ولم يجز واذا انفسخ العقد في حقه لم يبق موجبا على العبد
تسليمه فلا يجب عليه قيمته والفسخ في حق احد العوضين يقتضي
الفسخ في حق العوض الاخر وهو نفس العبد الا انه تعذر اظهاره
في صورة العبد فيجب اظهاره في معناه وهو قيمته فيجب عليه رد قيمته
قائما مقام رد عينه كمن باع عبدا بجارية فاعتقها ومات العبد قبل التسليم
انه يجب على البائع رد قيمة العبد لا رد قيمة الجارية كذلك ها هنا ثم ما ذكرنا

من الاختلاف في العيب اذا كان فاحشا لان العيب الفاحش في هذا الباب
يوجب الرد بالعيب بلا خلاف كما في باب النكاح فاما اذا كان يسيرا فاحش
فكذلك عندهما واما عند محمد فلا يملك ردها لانه مبادلة المال بما ليس بمال
فاشبه النكاح والمرأة في باب النكاح لا تملك رد المهر الا في العيب الفاحش
فكذلك المولى ها هنا ولو قال عبد رجل لرجل اشتر لي نفسي من مولاي
بالف درهم فاشتراه فالوكيل لا يخلو اما ان بين وقت الشراء انه يشتري
لنفس العبد للعبد واما ان لم يبين فان بين جاز الشراء وعتق العبد بقول
الوكيل ويجب الثمن لانه اتى بما وكل به فتعقد على الموكل ثم ذكر في الجامع
ان المولى يطالب الموكل ثم الوكيل يطالب العبد فقد جعل هذا التصرف
في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه لان حقوق العقد انما ترجع على
الوكيل في مثل هذه المعاوضة وذكر في كتاب الوكالة انه يطالب العبد
ولا يطالب الوكيل واعتبره معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع
والطلاق على مال والصلح عن دم العمد وان لم يبين يصير مشتريا
لنفسه لا للعبد لانه اذا لم يبين فالبايع رضي بالبيع لا بالاعتاق
فلو قلنا انه يصير مشتريا للعبد ويعتق لكان فيه اثبات الولاية على البايع
من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكنه حالف في الثمن بان اشتري
بزيادة لا يكون مشتريا لنفسه لما قلنا هذا اذا امر العبد رجلا فاما اذا
امر الرجل العبد بان يشتري نفسه من مولاه بالف درهم فاشتري
فان بين وقت الشراء انه يشتري للامر يكون للامر ولا يعتق لانه
اشتري للامر لا لنفسه ويقع الشراء للامر ويصير قابضا لنفسه
بتقرر العقد لانه في يد نفسه وليس للبايع ان يحبسه لاستيفاء
الثمن لانه صار مسلما اياه حيث عقد على شيء هو في يده وهو نفسه
ولو وجد الامر به عيبا له ان يرده ولكن العبد هو الذي يتولى الرد
لانه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع الى العاقد ولو لم يبين وقال
لمولاه بع نفسي مني بالف درهم فباع صار مشتريا لنفسه وعتق

لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذلك اذا بين وخالف امره يصير مشتريا
لنفسه ويعتق ولو قال لعبد ولحداث حر علي الف درهم فقبل ان
يقبل قال له انت حر علي مائة دينار فان قال قبلت بالمالين عتق
ويلزمه المالان جميعا بلا خلاف وان قال قبلت ولم يبين فكذلك
في قول محمد وكذلك لو قال لامرأته انت طالق ثلاثا علي الف درهم
انت طالق ثلاثا علي مائة دينار فما ان قالت قبلت المالين قالثلث
بالمالين بلا خلاف وان امهلت ما ان قالت قبلت طلقت ثلاثا بالمالين
جميعا في قول محمد واما عند ابي يوسف فالقبول علي الكلام الاخير في
المسيلتين ووجهه ان القبول خرج عقيب الايجاب الاخير فيقتصر
عليه ولانه لما اوجب بعوض ثم اوجب بعوض اخر تضمن الثاني
انفساخ الاول كما في البيع فيتعلق القبول باحد المالين وهو الاخير
كما في البيع ولمحمد رحمه الله الفرق بين الاعتاق والطلاق علي مال
وبين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق علي مال تعليق من جانب المولي
والزوج فانه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثاني رفع الاول بخلاف
البيع لانه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثاني رفع الاول هذا اذا اقبل
او قبل علي الابهام فاما اذا اقبل باحد المالين بان قال قبلت بالدراهم
او قال قبلت بالدنانير ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
انه لا يعتق وعلل بان للمولي ان يقول عتقتك بالمالين فلا يعتق بقول
احدهما وذكر ابو يوسف في الامالي انه يعتق ووجهه ان المولي اتى
بايجابين مختلفين فكان للعبد ان يقبل بايهما شاء ولو قال انت حر
علي الف درهم او مائة دينار فان قبل باحد المالين عينا عتق بان قال
قبلت بالدراهم او قال قبلت بالدنانير لانه اعتقه باحد المالين وقد
قبل باحد المالين فوجد شرط العتق فعتق ولزمه ما قبل وان قبل احد
المالين غير عين عتق ايضا لوجود الشرط ويلزمه احد المالين والبيان

اليه

اليه كذا هاهنا وان قال قبلت بالمالين لا شك انه يعتق لان في قبول ٣٤٩
المالين قبول احدهما فوجد شرط العتق فيعتق ويلزمه احد المالين
لانه اعتقه علي احد المالين فلا يلزمه الزيادة والبيان الي العبد يختار
ايهما شاء وكذلك اذا قبلت ولم يبين يعتق ويلزمه احد المالين وخيار
التعيين اليه لان قوله قبلت يصلح جوابا للايجاب فيصير كانه قال
قبلت باحدهما ولم يعين او قال قبلتهما وهناك يعتق وخيار التعيين
اليه كذا هاهنا وعلي هذا اذا قال لامرأته انت طالق علي الف درهم
او علي مائة دينار فقبلت باحدهما عينا او غير عين او قبلت بالمالين
او امهلت لما قلنا في العتق وكذلك لو قال انت حر علي الف درهم او علي
العين الان هاهنا اذا اقبل بالمالين يعتق بالف ولا يجبر لان الجنس متحد
والتخيير بين الاقل والاكثر في الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار الا الاقل
بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله
اذا اضاف العتق الي معين فاما اذا اضافة الي مجهول بان قال لعبديه
احدكما حر بالف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتي لو قبل
احدهما ولم يقبل الاخر لا يعتق لانه قوله احدكما لا يقع علي القابل يقع
علي غير القابل فمن الجائز انه عني به غير القابل الا تري انه لو ان يقول عنيت
غير القابل فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان
قبلا جميعا فان قبل كل واحد منهما قبلت بالف او قال قبلت ولم يقل بالف
او قالا قبلنا بالف او قالا قبلنا ولم يذكر الالف عتق احدهما بالف لوجود
شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف ويقال للمولي اختر العتق
في احدهما لانه هو الذي اجمل العتق فكان البيان اليه فايهما اختار عتق
ولزمه الالف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصف
بخمسمائة ويسعي في نصف قيمته لانه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق
رقبته بينهما فينقسم عليهما نصفين ولو قال احدكما حر بالف درهم فقبلا
ثم قال احدكما حر بالف درهم او قال احدكما حر لغير شيء فالغلط الثاني في

لفوالاقسما لما قبلا العتق بالايجاب الاول فقد نزل العتق في احدهما لوجود
شرط النزول وهو قبولهما للايجاب الثاني يقع جمعا بين حر وعبد فلا يصح
ولو لم يقبلا ثم قال احدكما حر لغير شئ عتق احدهما بالنطق الثاني لغير
شئ لانهما لما لم يقبلا لما ينزل العتق بالايجاب الاول فصح الايجاب الثاني
وهو تخيير العتق على احدهما عليرعين فيقال للمولى اصرف اللفظ الثاني
الى احدهما فاذا صرفه الى احدهما عتق ذلك لغير شئ لان التخيير حصل
لغير بدل واما الاخر فان قبل البدل في المجلس لعتق والا فلا لان الايجاب
الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين وتعلق العتق بشرط القبول
وقد وجد وفيه ضرب اشكال وهو ان شرط وجوب الحرية لاحدهما الاترى
انه قال احدكما حر وقد وجد القبول من احدهما هنا الا انه اذا لم يعتق
احدهما لم يعتق احدهما على تقبلهما جميعا لاحتمال انه اراد به الاخر
فاذا عند التخيير علم الله ما اراده بالايجاب الاول لان اعتاق المعتق
لا يتصور مرتين الاخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا جميعا قبل البيان
عتقا لان العتق لم ينزل بالايجاب الاول لانه تعليق العتق بشرط القبول
فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الايجاب الثاني فاذا قبلا جميعا فقد
تيقنا بعتقهما لان ايهما اريد بالايجاب الاول عتق بالقبول وايهما اريد
بالايجاب الثاني عتق من غير قبول لانه ايجاب لغير بدل فكان عتق كل واحد
منهما متيقنا لكن عتق احدهما بالايجاب الاول وعتق الاخر بالايجاب
الثاني فيعتقان ولا يقضي عليهما بشئ لان احدهما وان عتق بالايجاب
ببدل الا انه مجهول والقضاء بايجاب المال على المجهول متعذر كرجلين
قال الرجل لك على احدنا الف درهم انه لا يلزمهما هذا الاقرار شئ لكون
المقضي عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلا جميعا ولكن قبل احدهما لا يعتق
الا احدهما لوجود شرط عتق احدهما وهو قبول احدهما في هذه الصورة لما سنا
من الفقه ثم ان صرف المولى اللفظ الثاني الى غير القابل عتق احدهما وهو قبوله
احدهما لغير شئ وعتق القابل بالف وان صرف اللفظ الثاني الى القابل عتق

القابل

القابل لغير شئ وعتق غير القابل باللفظ الاول بالف ان قبل في المجلس
لان القابل منهما لعتق بالايجاب الاول وانه ايجاب ببدل فيعتق ببدل
وغير القابل لعتق بالايجاب الثاني وانه ايجاب ببدل فيعتق ببدل وغير
القابل لغير بدل ولو قال لعبديه احدكما حر لغير شئ ثم قال احدكما حر بالف
درهم فالكلام الثاني لغو لان احدهما عتق بالايجاب الاول لوجود تخيير
العتق في احدهما والثاني يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال احدكما
حر بالف درهم وقبل الاخر عما بة دينار او قبل احدهما بالمالين ولم يقبل الاخر
او قبل احدهما بالمالين وقبل احدهما بمال واحد لا يعتق واحد منهما لان
للمولى ان يجمع المالين على احدهما فيقول عنيتك بالمالين او يقول عنيت
غيرك فلا يثبت العتق مع الشك وان قبلا جميعا المالين بان قال كل
واحد منهما قبلت بالمالين او قالا جميعا قبلنا خير المولى فيقال له اما
ان تصرف اللفظين جميعا الى احدهما فيجمع المالين عليه فيعتق بالمالين
ويبقى الاخر رقيقا واما ان تصرف احد اللفظين الى احدهما والاخر الى
صاحبه فيعتق احدهما بالف درهم والاخر بمائة دينار لان الايجابين
وقعا صحيحين اما الاول فلا شك فيه لانه اضيف الى احدهما عبدين
وكذا الثاني لان الايجاب الاول لم يتصل به القبول والعتق يتعلق بالقبول
فالايجاب الثاني حصل مضافا الى احد عبدين ومتى صح الايجاب
الثاني فيحمل انه عفى به من عناه بالايجاب الاول ويحتمل انه عفى به
العبد الاخر لذلك فخير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما
ثلاثة ارباعه بنصف المالين لان احدهما حر بيقين لانه ان اراد بالايجاب
الثاني غير من اراده بالاول كان الثابت بالكلامين عبدين بكل كلام عتق
وان اراد به عين ما اراده بالاول كان الثابت بالكلامين عتق واحد
فاذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الاخر يثبت في حال ولا يثبت
في حال فنتنصف فيثبت عتق ونصف عتق بالمالين وليس احدهما بكمال
العتق اولى من الاخر فيقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما

ثلاثة ارباع العتق بنصف المالين ويسعى في ربع قيمته ولو قال لعبد له
لعبيده انت حر على الف درهم تقبلان لقبل جميع بينه وبين عبد له اخر فقال
احدكما حر بماية دينار فقالا قبلنا يخير المولى فان شاء صرف اللفظين الى المعين
وعتق بالمالين جميعا وان شاء صرف احد اللفظين الى احدهما والاخر الى الاخر
وعتق المعين بالف درهم وغير المعين بماية دينار لان الايجابين صحيحان اذ
لما قلنا فيحتمل انه اراد بالثاني المعين ايضا ويحتمل انه اراد به غير المعين فيتساقطان
لتبين فاسهما بين فالحكم للبيان وان مات قبل البيان عتق المعين كله
لانه دخل تحت الايجابين جميعا اما الايجاب الاول فلا شك فيه لانه لفظه
به فلاشتراكه فيه عبده واما الايجاب الثاني فلان قوله احدكما يقع على
كل واحد منهما فاذا قبل الايجابين وجد شرط عتقه فيعتق ويلزمه الف
درهم وخمسون دينارا اما الالف فلانه لاشتراكه الثاني فيهما واما نصف
الماية دينار فلانه في حال يلزمه ماية دينار وهي ما اذا دعاه بالحظين
وفي حال لا يلزمه منها شيء وهي ما اذا دعاه بالحظ الثاني فيبرء فيتنصف
وذلك فيلزمه خمسون دينارا فاما غير المعين فانه لم يعتق نصفه بنصف
الماية لانه لم يعتق في حال لانه ان دعاه بالايجاب الثاني لم يعتق كله بكل
الماية وان لم يدعه لم يعتق شيء منه ولا يلزمه شيء فلم يعتق في حال ولا
يعتق في حال فتعتبر الاحوال ويعتق نصفه بنصف الماية وهو خمسون
هذا اذا عرف المعين من غير المعين فان لم يعرف وقال كل واحد منهما
انا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة ارباعه بنصف المالين وهو
نصف الف ونصف الماية دينار لاستوائهما في ذلك والثابت عتق ونصف
عتق يجب كل واحد منهما ثلاثة ارباع العتق ويسعى في ربع قيمته
ولو قال لعبديه احدكما حر على الف درهم والاخر على خمسماية فان قالا
جميعا قبلنا او قال احدهما قبلت بالمالين او قال كل واحد منهما قبلت بالاكثر
المالين عتقا جميعا ويلزم كل واحد منهما خمسماية اما عتقهما فلان الايجا
حر حال الصحة لخروج كل واحد منهما بين عبدين والمراد بالايجاب الثاني

هاهنا

هاهنا غير المراد بالايجاب الاول فاذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق
فيهما جميعا وانقطع خيار المولى هاهنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما
خمس ماية لان احدهما عتق بالف والاخر بخمس ماية الا انا لا ندري ايهما الذي
عليه الالف والذي عليه الخمس ماية الا انا نتيقن بوجوب خمسماية على كل
واحد منهما وهي الفضل شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كما لو
قال الرجل لك علي احدنا الف درهم وعلى الاخر خمسماية يطالب كل واحد
بخمسماية لما قلنا كذا هذا ولو قبل احدهما بأقل المالين والاخر بأكثر المالين
عتق الذي قبل العتق بأكثر المالين لانه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب
بالاقل او بالايجاب بالاكثر فنتيقن بعتقه ثم هو الاكثر الاقل وزيادة فيلزمه
خمس ماية كانه قال قبلت بالمالين فيلزمه الاقل وهو خمسماية ويصير
بعد العتق كانه قال لك علي الف درهم او خمس ماية ولو قال ذلك يلزمه
الاقل كذا هاهنا ولو قبل كل واحد منهما بأقل المالين لا يعتقان لان
حجة المولى لم تنقطع لان له ان يقول لم اعتقكما بهذا المال بجواز ان ما اذا قبل
احدهما بأكثر المالين لان الاقل داخل في الاكثر ولو قال احدكما حر بالف والاخر
بالفين فان قبلا بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين او قالا قبلنا عتقنا
لوجود شرطهما عتقهما وعلى كل واحد منهما الف لانه اعتق احدهما بالف
والاخر بالفين فتيقنا بوجوب الف على كل واحد منهما كرجلين قال لاول
لك علي احدنا الف وعلى الاخر الفان يلزم كل واحد منهما الف لان الالف
متيقن بما كذا هذا وان قبل احدهما المالين جميعا بان قال قبلت بالمالين او
قال قبلت او قال قبلت بأكثر المالين بان قال قبلت بالفين يعتق لوجود شرط
العتق وهو القبول اما اذا قبل بالمالين او قبلت فلا شك فيه وكذا اذا قبل
بأكثر المالين لوجود قبول الشروط بيقين فيعتق وقيل هذا على قياس
قولهما فاما على قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان لا يعتق وهو القياس على
مسئلة الشهادة بالف والفين والصحيح انه يعتق بالاجماع واذا اعتق
لا يلزمه الا الف درهم لان الواجب احد المالين واحدهما اقل والاخر اكثر

والمجلس محدد فتعين الاقل للوجوب ولا خير للعبد هنا لان التخيير بين الاقل
والاكثر عند اتحاد المجلس غير مفيد لانه يختار الاقل لا محالة وان قبل احدهما
الالف لا يعتق لان للمولى ان يصرف العتق الى الاخر كما اذا قال احدكما
حر بالف فقبل احدهما ولو قال احدكما حر بالف احدكما حر بمائة دينار فان
قبلا عتقا لوجود شرط العتق ولا شيء عليهما لان المقضي عليهما مجهول اولا
للمولى الذي عليه الالف درهم والذي عليه المائة دينار كائنين فما لرجل
لك علي احدنا الف درهم وعلي الاخر مائة دينار لا يلزم احدهما شيء كذا
هذا وكذلك هذا في الطلاق بان قال لامرأتيه احديكما طالق بالف والاخرى
بمائة دينار فقبلتا جميعا طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة ولا يلزمهما
شيء وان قبل احدهما العتق بالف درهم او بمائة دينار او قبل احدهما
العتق باحد المالين والاخر المال الاخر لا يعتق واحد منهما لان للمولى
ان يقول لم اعتنك بهذا الملك الذي قبلت ولو قبل احدهما بالمالين
عتق ويلزمه اقل المالين يختاره لان الواجب احدهما وهما جنسان
مختلفان فكان التخيير مفيدا فيخير بخلاف الفصل الاول فان قبل الاخر
في المجلس عتقا وسقط المال عن القاتل الاول لان المقضي عليه مجهول
هذا اذا قبل قبل البيان من الاول فان قبل بعد البيان عتق الثاني
بغير شيء وعتق الاول بالمالين لان بيانه في حق نفسه صحيح وفي حق
الاخر لم يصح ولو قال احدكما حر بالف درهم والاخر حر بغير شيء فان
قبلا جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما وهو قبولهما ولا شيء عليهما لان
الذي عليه البدل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قال لرجل
لك علي احدنا الف درهم ولا شيء علي الاخر لا يجب على احدهما شيء لجهالة
من عليه الواجب كذا هاهنا وان قبل احدهما بالف ولم يقبل الاخر فقال
المولى اصرف العتق الذي هو اعتاق بغير بدل الى احدهما فان صرفه
الى غير القاتل عتق غير القاتل عتق بغير شيء وعتق القاتل بالف وان
صرفه الى القاتل عتق القاتل بغير شيء ويقع الايجاب الذي هو ببدل اذا

قبل

قبل في المجلس وكذلك لو لم يقبل واحد منهما حتى تصرف الايجاب
الذي هو بغير بدل الى احدهما يعتق هو ويقع الاخران قبل البدل
في المجلس والا فلا فان مات المولى قبل البيان يعتق القاتل كلهم وعليه
خمسمائة وعتق نصف الذي لم يقبل ويسعى في نصف قيمته
اما عتق القاتل كله فلانه عتق ثابت بيقين لانه ان اريد بالايجاب
الاول وعتق وان اريد بالايجاب الثاني فكان عتقه متيقنا به واما
لزوم خمس مائة لانه ان عتق بالايجاب الاول يعتق بالف وان عتق
بالايجاب الثاني يعتق بغير شيء فينتصف الالف فيلزمه خمسمائة
واما عتق النصف من غير القاتل فلانه ان اريد بالقبل اللفظ الاول لا يعتق
وان اريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فينتصف
عتقه فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته هذا اذا كان الاعتاق
تنجيزا او تعليقا بشرط فاما اذا كان اضافه الى وقت واحد فاما ان
اضاف الى مطلق الوقت واما ان اضاف الى وقت موصوف بصفة في
الوجوه كلها بشرط وجود الملك وقت الاضافة لان اضافة الاعتاق
الى وقت اثبات الاعتاق في ذلك الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق بدون
الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت الا اذا كان موجودا وقت الاضافة
لانه اذا كان موجودا لذا الاضافة فالظاهر انه يبقى الى الوقت المضاف
اليه فيثبت العتق واذا لم يكن موجودا كان الظاهر بقاؤه على العدم
فلا يثبت العتق في الوقت المضاف اليه لا محالة فيكون خلافا تصرفه
والاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي اوقعه اما الاضافة
الى وقت مطلق فنحو ان يقول لعبده انت حر غدا او راس شهر كذا
فيعتق اذا جاء غدا وراس الشهر لانه جعل الغد وراس الشهر ظرفا
للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفا له وليس هذا التعليق
بشرط لانعدام ادوات التعليق وهي كلمات الشرط ولهذا لو حلف لا يحلف
وقال هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما اذا قال انت حر اذا جاء غد لان ذلك

تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق فان قيل كيف يكون تعليقا بشرط
والشرط ما يجي وجوده خطر ومجي الغد كاين لا محاله قيل له من مشايخنا
من قال ان الغد يجيه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة قال
الله تعالى وما امر الساعة الا كلمح البصر او هو اقرب فيصلح مجي الغد
شرطا لكن هذا الجواب ليس بسديد لان الساعة لا تقوم الا بعد وجود
اشراطها من خروج ياجوج وماجوج وخروج دابة الارض وخروج
الدجال وطلوع الشمس من مغربها على ما نطق به الكتاب وورد به
الاخبار والجواب الصحيح ان مجي الغد وان كان متيقن الوجود لكن
كونه شرطا لوقوع العتق ليس بمتيقن الوجود لاحتمال موت العبد
قبل مجي الغد وموت المولى او موتهما وحينئذ لا يكون شرطا لانعدام
تصور الجزا على ان الشرط اسم لما جعل حملا لعزول الجزا سواء كان موهوم
الوجود او متيقن الوجود واما الاضافة الى وقت موصوف فنحو ان يقول
لعبده انت حر قبل دخول الدار بشهر وقبل قدوم فلان بشهر او قبل موت
فلان بشهر ولا شك انه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد
شي من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق لانه اضاف العتق الى وقت
الموصوف فلا يثبت قبله ويشترط تمام الشهر من وقت التكلم وان كان العبد
في ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين لانها اضافة العتق الى وقت ايجاب
العتق فيه وايجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور فلا يحمل كلامه
الا على ما قلنا ولا شك ان العتق يثبت عند وجود هذه الحوادث لتمام الشهر
واختلفوا في كيفية ثبوته قال زفر يثبت من اول الشهر بطريق الظهور
وقال ابو يوسف ومحمد يثبت مقتصرا على حال وجود الحوادث وابو حنيفة
رحمه الله فرق بين القدر والدخول وبين الموت فقال في القدوم
والدخول كما قالا وفي الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك امة فولدت
في وسط الشهر يعتق الولد في قول ابي حنيفة وزفر وفي قولهما لا يعتق
وجه قول زفر ان اوقع العتق في وقت موصوف بكونه متقدما على هذه

الحوادث

الحوادث بشهر واذا وجدت بعد شهر متصل به علم ان الشهر من اوله كان ٣٥٣
موصوفا بالتقدم عليهما لاستحاله فتبين ان العتق كان واقعا في اول
الشهر كما اذا قال انت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوا ان هناك
حكم بالعتق من اول هلال شعبان وها هنا لا يحكم بالعتق من اول
الشهر لان ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محاله وها هنا وجود هذه
الحوادث يحتمل ان تتصل بهذا الشهر ويحتمل ان لا تتصل لجواز انها
لا توجد اصلا فما في ثبوت العتق في السبلتين من ابتدا الشهر فلا
يختلفان ولهذا قال ابو حنيفة بثبوت العتق بطريق الظهور في الموت
وحيث قالا ان هذا في الحقيقة تعليق العتق بهذه الحوادث لانه اوقع
العتق في شهر متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف بالتقدم
عليها الا باتصالها به ولا تتصل به الا بعد وجودها فكان ثبوت العتق
على هذا التدريج مستندا بهذه الحوادث مقتصرا على حال وجودها ولهذا
قال ابو يوسف حنيفة هكذا في الدخول والقدوم كذا في الموت بخلاف
شعبان مع رمضان لان اتصاف شعبان يكون متقدما على رمضان لا بين
على مجي رمضان ووجه الفرق لابي حنيفة بين الكل الدخول والقدوم
وبين الموت ان في مسئلة القدوم والدخول بعد ما مضى شهر من وقت
التكلم يبقى الشهر الذي اضيف اليه العتق موهوم الوجود قد يوجد
وقد لا يوجد لان قدوم فلان قد يوجد هذا الشهر والا فلا لما
ذكرنا ان هذا الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون
الاتصال ولا اتصال بدون المعدوم اذ الاتصال انما يتصور بين امرين
لا بين موجود ومعدوم فصار العتق وان كان مضافا الى الشهر متعلقا
بوجود القدوم فكان هذا تعليقا صورة فيقتصر الحكم المتعلق به
على حال وجود الشرط كما في سائر التعاليق واما في مسئلة الموت فبعد
ما مضى من وقت الكلام لم يبق ذات الشهر الذي اضيف اليه العتق موهوم
الوجود بل هو كاين لا محاله لان الموت كاين لا محاله لان هذا الشهر متحقق

جودين

الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على القدوم والدخول غير انه مجهول
الذات للحكم بالعتق قبل وجود الموت فاذا وجد فقد وجد المعرف للشهر
بخلاف الشهر المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات لانه كما وجد
شعبان علم انه موجود المتقدم على رمضان وهاهنا بخلافه وبخلاف القدوم
والدخول فان بعد مضي شهر من وقت الكلام يقع ذات الشهر الذي اضيف
اليه العتق موهوم الوجود فلم تكن القدوم معرفا للشهر بل كان محصلا
الموصوف بهذه الصفة بحيث لولاه وجوده لما وجد هذا الشهر البتة فكان
الموت مظهرا معينا للشهر يظهر من الاصل من حين وجوده ثم اختلف
مشايخنا في كيفية الظهور على مذهب ابي حنيفة رحمه الله قال بعضهم
هو ظهور محض ويتبين ان العتق كان واقعا من اول الشهر من غير
اعتبار التصرف على الوجه الذي اثبته المتصرف والمتصرف اضاف العتق
الى اول الشهر المتقدم على الموت ينقع في اول الشهر لا في اخره فكان
وقت وقوع الطلاق اول الشهر فيظهر ان العتق وقع في ذلك الوقت
كما اذا قال ان كان فلان في الدار فعبده حر فمضت مدة ثم علم انه كان في الدار
يوم التكلم يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور وهو لا قالوا
لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث فالعدة تعتبر من اول الشهر في قول ابي
حنيفة حتى لو حاضت في الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان
محسوبتين من العدة ولو كان قال انت طالق قبل موت فلان بشهرين
او ثلاثة اشهر ثم مات فلان لتمام المدة وكانت المراة رات ثلاث حيض في المدة
تبين عند موته ان الطلاق كان واقعا وان العدة قد انقضت كما لو قال
ان كان زيد في الدار فامراتي طالق ثم علم بعد ما حاضت المراة ثلاث حيض
انه كان زيد في الدار يوم التكلم انه يتبين انها قد طلقت من ذلك الوقت
وانما منقضية العدة كذا هاهنا وكذلك لو قال ان كان حمل فلانة غلاما
فانت طالق فولدت غلاما يقع الطلاق على لمر تبين كذا هذا م الذي يريد
ما قلنا ان رجلا لو قال لاخر امراة تزوجها مني طالق فتزوج امراة ثم اخرى

ثم

ثم مات لحقت الثانية على وجه التبين المحض عند ابي حنيفة رحمه الله
وان كان لا يحكم بطلاقها ما لم تمت كذا هاهنا وقالوا الوخالفهما وسط الشهر
ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل ويومر الزوج برد بدل الخلع سواكانت
عند الموت معتدة او منقضية العدة او كانت ممن لا عدة عليها بان كانت
غير مدخول بها وهو لا طعنوا فيما ذكر محمد رحمه الله في الكتاب لتخريج
قول ابي حنيفة انه ان مات فلان وهي في العدة حكم ببطلان الخلع ويومر
الزوج برد بدل الخلع وقالوا هذا التخريج على اصل ابي حنيفة لا يستقيم
لان هذا الظهور محض تبين عند وجود الجزء الاخير ان هذا الشهر من
ابتدا وجوده موصوف بالتقدم فتبين ان الطلقات الثلاث كانت
واقعة من ذلك الوقت سواكانت معتدة او غير معتدة كما لو قال ان كان
فلان في الدار فامراته طالق ثم تبين انه كان يوم الحلف في الدار
انه يتبين ان الخلع كان باطلا على الاطلاق سواكانت معتدة او لم تكن كذا
هاهنا والفقهان وقت الموت اذ الم تكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر
فيه قيام الملك والعدة وعامة مشايخنا قالوا ان الطلاق او العتاق يقع
وقت الموت ثم يستند الى اول الشهر لانه يظهر انه كان واقعا من اول
الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول اليه الا بمقدمة وهي ان ما كان الدليل
على وجوده دائما يجعل موجودا في حق الاحكام لان اقامة الدليل مقام
المدلول اصل في الشرع والعقل الا ترى ان الخطاب يدور مع دليل القدرة
وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم وسببه دون حقيقة
القدرة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله تعالى لقيام الايات الدالة على وجود
الصانع ولا بالشرايع عند امكان الوصول الى معرفتها بدليلها ثم الدليل
وان خفي بحيث يتعذر الوصول اليه يكتفى بوجوده اذا كان يمكن الحصول في الجملة
اذ الدلايل تتفاوت في الجلا والخفا والمستدلون تتفاوت في العبارة
والذكا فالشرع اسقط اعتبار هذه التفاوت فكانت العبرة لاصل الامكان
في هذا الباب واما ما كان الدليل في حقه معدوما فهو في حق الاحكام ملحق

بالموت اذا عوف هذا فنقول الشهر الذي يموت فلان في اخره وان اتصف
بالتقدم من وقت وجوده لكن كان دليل اتصافه به منعدما اصلا
فلم يكن لهذا الاتصاف عبرة وبقي ملك النكاح الى اخر جزء من اجزاء الشهر
فيعلم كونه متقدما على موته ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف
جميع الاجزاء المتقدمة عليه الى تمام الشهر ولا يظهر ان دليل الاتصاف
فبقي ملك النكاح الى وقت وجود الجزء الاخير فيحكم في هذا الجزء بكونها
طالقا ومن ضرورة كونها طالقا في هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الاصل
لانها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف الى اول الشهر الموصوف
بالتقدم على الموت ولاجل هذه الضرورة حكم بالطلاق من اول الشهر
لكن بعد ما كان النكاح الى هذا الوقت قائما بالعدم دليل الاتصاف بالتقدم
على ما بينا ثم لما حكم بكونها طالقا للحال وثبت الانطلاق في ما مضى
من اول الشهر ضرورة جعل كان الطلاق وقع للحال ثم بعد وقوعه يسري
الى اول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل واذا اجعل هكذا
يخرج عليه المسايل اما العدة فانما تجب من اخر جزء من اجزاء حيوة
فلان السبب لا ينافيها حياط في ايجابها فوجبت للحال وجعل كان الطلاق
وقع للحال واما الخلع فان كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وان
كانت العدة منقضية صح لانها اذا كانت باقية كان النكاح باقيا من
وجه وحكم ببقايه الى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل ثم حكم للحال
بكونها طالقا بذلك الطلاق المضاف وسوي واستند الى اول الشهر
علم انه خالعها وهي بائنة عند فلم يصح الخلع ويومر الزوج برد بدل
الخلع واذا كانت منقضية العدة فالنكاح الذي كان يبقى الى اخر جزء
من اجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع فنبقي
النكاح الى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند الخلع فحكم بصحة
الخلع ولا يومر الزوج برد البدل بخلاف ما اذا قال ان كان فلان في الدار
لان دليل الوقوف على كونه في الدار موجود حالة التكلم فالعقد الطلاق

تنجيزا

تنجيزا لوكان هو في الدار لان التعليق بالموجود تحقيق وبخلاف ما اذا
قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد في البطن يمكن الوقوف في
الجملة على صفة الذكورة والانوثة فانه من سامعة الاوجوز ان يستقط
الحمل فانعقد الطلاق تنجيزا ثم علمنا بعد ذلك وبخلاف ما اذا قال
لاحد امراتا تزوجها فهي طالق فتزوج امراة ثم اخرى انه يقع
الطلاق على الثانية من طريق التبيين لان هناك كما تزوج الثانية
اتصفت بكونها اخر الوجود دحد الاخر وهو العزم اللاحق وهو قرد
وهي لاحقة الاتري انه يقول امراتي الاولى وامراتي الاخيرة الا
انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال انه يتزوج بثالثة
فتسلب صفة الاخرية عن الثانية فاذا مات قبل ان يتزوج بثالثة لله
تقررت صفة الاخرية للثانية من الاصل فحكم بوقوع الطلاق
من ذلك الوقت وها هنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم منعدم
في اول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم وهذا بخلاف ما اذا قال
لامراته ان لم اتزوج عليكي فانت طالق ولم يتزوج حتى مات
انه يقع الطلاق على امراته مقتصرا على الحال لان هناك علق الطلاق
صوريا بعدم التزوج والعدم لا يتوعب العمر الا ترى انه لو تزوج
في العمر مرة لا يوصف بعدم التزوج لان الوجود قد تحقق والعدم
نقيض الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم بتزوجه عند الموتي
والمعلق بالشرط يترك عند تحقق الزوج الشرط بتمامه فوقع مقتصرا
على حال وجود الشرط فاما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل
هو اضافة الطلاق الى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق
عند تحقق الصفة بدليل على التقرير الذي ذكرنا والله الموفق
ولو قال لامراته انت طالق قبل موتي بشهر او قبل موتك بشهر فمات
لتمام الشهر او ماتت لا يقع الطلاق عندهما وعند ابي حنيفة يقع
وفرقا بين الطلاق والعتاق بالشرط والمعلق بالشرط يترل بوجود الشرط

والزوج بعد الموت ليس من اهل ايقاع الطلاق ولا للزوجة بعد موتها
محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كما في التدبير
والله اعلم ولو قال لعبده انت حر قبل موت فلان وفلان بشهر لو قبل
قدم فلان وفلان بشهر فان مات احدهما اوقدم قبل مضي شهر لا يقع
ابدا لانه اضافة العتق الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما اوقدومهما
ولم يوجد ولا يتصور وجوده بعد ذلك لانه لو لم الشهر بعد موت
احدهما اوقدوم احدهما كان موصوفا بالتقدم على موت احدهما او
قدوم احدهما وهو ما اضاف العتق الى هذا الشهر بل الى شهر موصوف
بالتقدم على موتهما اوقدومهما جميعا وهذا غير ذلك وان مضي شهر
ثم مات احدهما عتق العبد وان لم يمت الاخر بعد بخلاف ما اذا قال انت حر
قبل قدوم وفلان بشهر فقدم احدهما لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم
الاخر ووجد الفرق على نحو ما بينا فيما تقدم وهو انه اذا مات احدهما
تحقق كون الشهر سابقا على موتهما واذا قدم احدهما لم يتحقق كون
الاول سابقا على قدومهما وانما تحقق عند وجود قدومهما جميعا
فكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا في لحظة واحدة بعد مضي
شهر وكذا في القدوم وهو قول علي الرازي لانه اضاف العتق
الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما اوقدومهما جميعا وعند ثبوت
التراخي فيما بين الموتين والقدومين يكون العتق واقعا قبل
قبل موت احدهما اوقدوم احدهما بشهر وقبل موتا لاخر اوقدوم
الاخر بشهر والله خلاف ما اضاف فلا يقع بخلاف ما اذا قال انت حر
قبل يوم الفطر والاضحى بشهر حيث يعتق كما اهل الهلال رمضان
لان وجود وقت متقدم عليهما بشهر مستحيل والعاقل لا يقصد
بكلامه المستحيل فعلم انه اراد به اضافة العتق الى وقت متصف
بالتقدم على احد اليومين بشهر والى الاخر عدة غير مقدرة وفيما نحن
فيه لاستحالة فيراعي عين ما اضاف اليه وجواب الاستحسان عن هذا

ان

ان الاصل في احكام الشرع ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة
وقدوم شخصين في جزء لا يتجزى من الزمان حيث لا يتقدم
احدهما على الاخر مستحيل عادة وكذا موت شخصين على هذا الوجه
والجواب في المستحيل ولو قال انت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر
فان مات احدهما او قدم احدهما قبل مضي الشهر لا يعتق ابدا لما قلنا
وان مات احدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الاخر وان قدم
احدهما بعد مضي الشهر عتق ولا ينتظر موت الاخر لانه لا يسند
لما ذكرنا ان الموت كائن لا محالة والقدوم موهوم الوجود ولو قال
انت حر الساعة ان كان في علم الله تعالى ان فلانا يقدم الى شهر فهذا
وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لانه لا يراد بهذا اعلم الله تعالى
الازلي القايم بذاته وانما يراد به ظهور هذا المعلوم لنا وقد يظهر
لنا وقد لا يظهر فكان شرطا فيقتصر العتق على حال وجود الشرط كما
في سايرالتعليقات شروطها والله اعلم ولو قال انت حر بعد موتي
بشهر فكاتبه في نصف الشهر ثم مات لتمام الشهر فان كان استوفى
بدل الكتابة ثم مات لتمام الشهر كان العتق حاصلا بجهة الكتابة وان
كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط
اعتبار الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا يدل على ان العتق
يثبت بطريق الاستناد عنده وقال ابو القاسم الصفار انه
تبطل الكتابة من الاصل سواء كان استوفى بدل الكتابة او لم يستوف
وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور المحض
لا بد بين ان العتق ثبت من اول الشهر فيتبين ان الكتابة لم تصح
وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد
فيما تقدم فلا نعيد وعندهما ان استوفى بدل الكتابة فالامر ماض
لان العتق عندهما يثبت مقتصرا على حال الموت وهو حر في هذه
الحالة لوصوله الى الحرية بسبب الكتابة عند ادا البدل وان كان لم يستوف

لعبد بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال
وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد لان عتقه
علق بموت موصوف بصفة قد توجد على تلك الصفة وقد لا يوجد
ويسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند ابي يوسف
وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة واصل
المسئلة ان من دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق
ثلثه بحكم التدبير ثم يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل
الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد في الاقل من ثلثي
قيمته ومن ثلث بدل الكتابة وممن اعلى ذلك الا ان عند ابي حنيفة
يخير العبد بين ان يسعى في هذا وبين ان يسعى في ذلك وعندهما
يسعى في الاقل منهما بدون التخيير ثم عند ابي حنيفة في مسئلة
الكتابة يعتبر في صحة المالك ومرضه في اول الشهر هكذا ذكر في النوادر
لانه يصير معتقا من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة لمن اراد ان يدبر
عبده ويعتق من جميع المال وان كان لا يخرج من الثلث بان يقول
ان حر لعبد موتي بشهر او شهرين او ثلاثة اشهر وما شاء من المدة
ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما
كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث لانه يصير عندهما معتقا بعد الموت
والله المستعان واما الاضافة الى وقتين فالاصل فيه ان المضاف الى وقتين
يتنزل عند اولهما والمعلق بشرطين عند اخرهما والمضاف الى احد الو
غير عين يتنزل عند احدهما والمعلق باحد شرطين غير عين يتنزل
عند اولهما ولو جمع بين فعل ووقت يعتبر فيه الفعل ويتنزل عند
وجوده في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يتنزل عند اولهما
ايهما كان وبيان هذه الجملة اذا قال لعبده انت حر اليوم وعبدي حر
في اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا للعتق فلو توقف وقوعه على
اخرهما لكان الظرف احد الوقتين لا كلاهما وانه لا يجوز تصرف العاقل

لا على

لا على الوجه الذي اوقعه ولو قال انت حر اليوم عبدي حر في اليوم لانه
اضاف العتق الى اليوم ثم وصف اليوم بانه عبد وانه محال فبطل ويقع
الاضافة الى اليوم ولو قال انت حر عبدي اليوم يعتق في الغد لانه اضاف
العتق الى الغد وصف الغد باليوم وانه محال فلم يصح وصفه ويقيت
اضافته الى الغد فيعتق في الغد ولو قال انت حران قدم فلان وفلان
لم يعتق حتى يقدما جميعا لانه علق عتقه بشرطين فلا يتنزل الا عند
اخرهما اذ لو تنزل عند اولهما لبطل التعليق بهما ولو كان ذلك تعليقا
باحدهما وهو علق بهما جميعا لا باحدهما ولو قال انت حر اليوم او غدا
يعتق في الغد لانه جعل الوقتين ظرفا فلو عتق في اليوم لكان الوقتان
جميعا ظرفا وهذا خلاف تصوفه ولو قال انت حران قدم فلان او عبدي
فان قدم فلان قبل مجيء الغد عتق وان جاء الغد قبل قدوم فلان لا يعتق
ما لم يقدم في جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه ايهما سبق
مجيئه والاصل فيه انه ذكر شرطا ووقتا في تصرف واحد لا يمكن الجمع
بينهما لما بين التعليق بشرط وبين الاضافة الى وقت من التنافي
فلا بد من اعتبار احدهما وتصحيحه على الاخر فابو يوسف رجح جانب
الشرط لان الشرط لا يصلح ظرفا والظرف قد يصلح شرطا فكان الرجحان
لجانب الشرط فاعتبره تعليقا باحد شرطين فيتنزل عند وجود اولهما
ايهما كان كما اذا نص على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار
التعليق والاضافة فان كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف تعليقا
واعتبره تعليقا يقتضي نزول العتق عند اول الشرطين كما اذا علقه
باحد شرطين نصا وان كان الوقت هو السابق يعتبر اضافة واعتبارا
يقتضي نزول العتق عند اخر الوقتين كما اذا اضاف الى اخر الوقتين
نصا والله اعلم واما الذي يرجع الى نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق
وهو ان يكون الركن عاريا عن الاستثناء راسا كيف ما كان الاستثناء وصفيا
كان او عرفيا عند عامة العلماء والكلام في الاستثناء في العتاق وبيان انواعه

ومانيه كل نوع وشرايط صحته على نحو الكلام في كتاب الطلاق وقد ذكرنا
ذلك كله في كتاب الطلاق لا يختلفان الا في شيء واحد وهو انه يتصور
استثناء بعض العدد وانما يتصور استثناء بعض الجملة الملفوظة نحو ان
يقول لعبيده انتم احرار الا سالما لان نص الاستثناء مع نص المستثنى
منه تكلم بالباقي ولو استثنى عتق بعض العبد يصح عند ابي حنيفة
وعندهما لا يصح بناء على ان العتق يتجزى عنده فيكون استثناء البعض
من الكل فيصح وعندهما لا يتجزى فيكون استثناء الكل من الكل فلا
يصح وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله فيمن قال غلماني
احرار سالم وبريع الا بريعا ان استثناه لا جايز لانه ذكر جملة ثم فصلها
بقوله سالم وبريع فانصرف الاستثناء الى الجملة الملفوظة فكانت
استثناء البعض من الجملة الملفوظة فصح وليس كذلك ما اذا قال
سالم حر وبريع الا سالما لانه لما ذكر كل واحد منهما بالقراءة كان
هذا استثناء عن كل واحد منهما فكان استثناء الكل من الكل فلا
يصح ولو قال انتم احرار ان شاء الله تعالى بطل الاستثناء في قول ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الاستثناء جايز وجه قولهما ان
هذا كلام واحد معطوف بعضه بحرف العطف فلا يمنع ذو الفصل بين
المستثنى وبين المستثنى منه كما لو قال انتم حر لله ان شاء الله ولابي
حنيفة رحمه الله ان قوله حر وحر لغو لثبوت الحرية باللفظ الاول
فكان فاصلا بمنزلة السكوت بخلاف قوله انتم حر لله ان شاء الله لان
قوله لله ليس بلغو فلا يكون فاصلا وروى ابن سماعة في نوادره
عن محمد رحمه الله في رجل له خمسة من الرقيق فقال عشرة من مماليكي
احرار الا واحدا احرار تعتق الخمسة جميعا لانه قال عشرة من مماليكي
احرار الا واحد فقد استثنى الواحد من العشرة تكلم بالباقي
فصار كانه قال عشرة من مماليكي احرار وله خمسة ولو قال ذلك
عتقوا جميعا كذا هذا ولو قال مماليكي العشرة احرار الا واحدا عتق

منهم

٣٥٨

عشرة لان هذا رجل ذكر مماليكه وغلط في عددهم لقوله العشرة
فليفوا هذا القول ويبقى قوله مماليكي احرار الا واحدا ولو قال ذلك
وله خمسة لعتق اربعة منهم كذا هنا والله اعلم

واما صفة الاعتاق فهو ان الاعتاق هل يتجزى ام لا وقد اختلف فيه
قال ابو حنيفة يتجزى سواء كان المعتق معسرا او موسرا وقال ابو
يوسف ومحمد لا يتجزى كيف ما كان المعتق وقال الشافعي ان كان
معسرا يتجزى وان كان موسرا لا يتجزى والمسئلة مختلفة بين الصحابة
رضي الله عنهم قال بعضهم فمن اعتق نصف عبد بينه وبين غيره
انه يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقا يجب تخريجه للعتاق وهو مذهب
عبد الله بن مسعود وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك الا التضمين
وقال علي وابن عباس عتق ما عتق ورق ما رق مما احتجا بالنص
والمعقول والاحكام اما النص فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من اعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وفي رواية
من اعتق شركا له في عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك وهذا
نص على عدم التجزي واما المعقول فهو ان العتق في عرف الشرع
اسم لقوة حكمية دافعة للاستيلاء والرق اسم لضعف حكمي
يصير به الادمي محلا للتملك فيعتبر الحكمي بالحقيقي وبثبوت القوة
الحقيقية والضعف الحقيقي في الضعف شايعا مستحيل فكذا
الحكمي وان للعتق اثارا من الملكية والولاية والشهادة والارث
ونحوها وشيء من هذه الاثار لا يحتمل التجزي ولهذا لم يجز في حالة البقاء
حتى لا يضرب الامام الرق في اقفاء السبايا ويمضي عليهم في الاقفاء
فكذا في حالة البقاء واما الاحكام فان اعتاق النصف قد تعدى الى
النصف الباقي في الاحكام حتى امتنع جواز التصرفات الناقلة للملك
فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند اصحابنا وكذا يجب
تخريجه الى عتق الكل بالضمان او السعاية حتى يجبره القاضي

وهذا من اثار عدم التجزي وكذا الاستيلاد لا يتجزي حتى لو استولد
جارية بينه وبين شريكه وادعى تصيير كلما ام ولده بالضمان ومعلوم
ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق اذا لم يحتمل
التجزي فالحقيقة اولى وكذا الواعتق نصف ام ولده اوام ولد بينه
وبين شريكه عتق كلما واذا لم يكن الاعتاق متجزيا لم يكن المحل
حق العتق متجزيا واضافة التصرف الى بعض ما لا يتجزي في حق
يكون اضافة الى الكل كالطلاق والعفو عن القصاص والله اعلم
ولابي حنيفة المنصوص والمعقول والحكم اما المنصوص فما روي
عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من اعتق نصيبا له من مملوك كلف عتق بقيته وان لم يكن
عنده ما يعتق فيه حازما صنع وروي كلف عتق ما بقي وروي وجب
عليه ان يعتق ما بقي وكل ذلك نص على التجزي لان تكليف عتق الباقي
لا يتصور بعد ثبوت العتق في كله وقوله حاز ما صنع اشارة الى عتق
البعض اذ هو الذي صنعه لا غير وروي عن عبد الله بن عمر ايضا
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اعتق شركا له من عبد وكان
له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل واعطي شركاءه حصصهم
عتق عليه العبد والا عتق ما عتق والحديث يدل على تعلق عتق الباقي بالضمان
ان كان المعتق موسرا وعلى عتق البعض ان كان معسرا فيدل على التجزي
في حالة اليسار والاعسار وروي عن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال من كان له شقص في مملوك فاعتقه فعليه خلاصه
في ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعي العبد في قيمته غير
مشقوق عليه وفي رواية من اعتق شقصا من عبد فعليه ان يعتقه
كله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه
واما المعقول فهو ان الاعتاق ان كان تصرفا في الملك والمالكية الازالة
والملك متجزي وكذا الثابت بالشك حتى يجري فيه سهام الورثة ويكون مشتركا

بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا في الرق فالرق
متجزا ايضا لان محله متجزء وهو العبد واذا كان محله متجزيا كان هو متجزيا
ضرورة واما الحكم فان الاثنين اذا اعتقا عبدا مشتركا بينهما كان الولاء
بينهما نصفين والولاء من احكام العتق فدل تجزيه على تجزي العتق
واما الحديث فقد قيل انه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضي
الله عنه وقد روي عنه خلافه فانه روي انه قال في عبد بين
صبي وبالغ اعتق البالغ نصيبه قال ينتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ
فان شاء اعتق وان شاء استسعى ولئن ثبت رفعه فتاويله من
وجهين احدهما ان معنى قوله عتق كله اي استحق عتق كله لانه
يجب تخريج الباقي الى العتق لا محالة فيعتق الباقي لا محالة بالاستسعاء
او بالضمان وما كان مستحق الوجود لسمي باسم الكون والوجود
قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون والثاني انه يحتمل ان المراد منه
عتق كله للحال ويحتمل ان المراد منه عتق كله عند الاستسعاء و
الضمان فيحمله على هذا عملا بالاحاديث كلها واما قولهما ان العتق
قوة حكمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وتثنى عما في البعض شائعا يمتنع
كذا الحكمية فنقول لم قلتم ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم اليس ان الملك
عبارة عن القدرة الحكمية والقدرة والقوة سواء ثم الملك يثبت في النصف
شائعا وهذا لان الامور الشرعية يعرف بدليل الشرع وهو النص والا
لا طريق لنا الى الحقائق وما ذكر من الاثار فليست من لوازم العتق الا انه يتصور
ثبوت العتق بدونها كما في الصبي والمجنون بل هي من الثمرات وفوات
الثمرة لا يخل بالذات ثم ايما من ثمرات حريته كل الشخص لا من ثمرات
حرية البعض فان الولايات والشهادات قضاء حق العاجز بنقصان
النعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهو ان يقطع عند حق المولى ليصل
الى اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزي ثبوته كذا زواله من مشائخنا
من منع وقال ان الامام اذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على انصافهم

ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض في حالة البقا
ثم ان سلمنا فالرق متجزئ في نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه
وهو الاستيلاد اذ لا يتصور ورود على بعض المحل دون البعض وفي
حالة البقا يتصور وجود سبب زواله كاملا وقاصرا فيثبت كاملا
وقاصرا على حسب السبب واما التحرج الى العتاق وامتناع جواز
التصرفات فليس لعدم التجزي بل لمعنى اخر نذكره ان شاء الله تعالى
واما الاستيلاد فممنوع انه لا يتجزى بل هو متجزئ فان الامة المشتركة
بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت ام ولد لهما لانه
اذا ادعى احدهما صارت كلها ام ولد له لوجود سبب التكامل وهو شبهة
كلام الولد اليد على ما نذكره في كتاب الاستيلاد وما متجزئ الاولد حالة
الكمال اذ اوجد السبب بكماله يتكامل واذا وجد قاصرا لا يتكامل بل
يثبت بقدره وفي مسئلتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق ام الولد
متجزئ والثابت به عتق التصرف النصف وانما يثبت العتق في النصف الباقي
لا باعتاقه بل لعدم الفائدة في بقا نصيب الشريك كما في الطلاق والعفو عن
القصاص على ما عرف في مسايل الخلاف والله اعلم واذا عرف هذا الاصل
يبنى عليه مسايل عدد بين رجلين اعتق احدهما نصيبه لا غير عند ابي
حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ فاعتاق البعض لا يوجب اعتاق الكل
بل لعتق لقدر ما اعتق الباقي رقيقا وللشريك الساكت خمس خيارات
ان شا اعتق نصيبه وان شا دبره وان شا كاتبه وان شا استسعاه
معسرا كان للعتق لو موسرا ويسعى وهو رقيق وان شا ضمن المعتق قيمة
نصيبه ان كان موسرا وليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل الى الانتفاع
به مع ثبوت الحرية في جزء منه وزوال المال من غير انتفاع احد به بسبب
له والتحرام فلا بد من تخريجه الى العتق وله الخيار في ذلك بين الوجوه
التي وصفناها اما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة فان نصيبه باق على
ملكه وانه محتمل لهذه التصرفات كما في حالة الابتدا واما خيار السعاية

فلان

فلان نصيبه باق صار محبوسا عند العبد بحق له لثبوت العتق له في نصفه
فيصير مضمونا عليه كما اذا اضجع ثوب انسان بصبغ غيره من غير صنع احد فاختار
صاحب الثوب انه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتسبا عنده لقيامه
بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز كذا هذا ولانه في السعاية سلامة نفسه ورقبته
له وان لم تقرر رقبته مملوكة له وجواز ايجاب الضمان عما بلة سلامة الرقبة
من غير تملك كالمكاتب وشرا العبد نفسه من مولاه ولان منفعة الاعتاق
حصلت له فكان عليه ضمانه لقوله عليه السلام للخراج بالضمان
ثم خيار السعاية مذهبنا وقال الشافعي لا اعرف السعاية
في الشريعة والوجه لقوله ان ضمان السعاية اما ان يكون ضمان
اتلاف واما ان يكون ضمان تملك ولا اتلاف من العبد بوجه اذ لا صنع
له في الاعتاق رأسا ولا تملك حاصل للعبد في نفسه بالضمان ولان
المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحقاق وهو كون الشي
الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان في هذا الباب
لا يجب على المعسر الا تري ان لا يجب على المعتق اذا كان معسرا
مع وجود الاعتاق منه فالعبد اولى ولنا ما روينا من حديث ابن
هريرة رحمه الله وروي محمد بن الحسن عن ابي يوسف عن الحجاج
بن ارطاة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال من اعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه
قيمة عدل فان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وان كان معسرا
يسعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم في الجملة
عرفها الشافعي اولم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعاني وبه تبين ان
ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تملك بل هو ضمان
احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لان كل
ذلك من اسباب الضمان على ما بينا وقوله لا يجب للمولى على عبده
دين قلنا وقد يجب كالمكاتب والمستسعى كالمكاتب عنده الى ان يودي

السعاية الى الشريك الساكت اذا اختار السعاية او الى المعتق اذا
ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب
وتثبت فيه جميع احكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح فلا يرث
ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج الا اثنتين لانه رق فان الاقي وجد واحد
وهو ان المكاتب اذا عجز يرد في الرق والمسعى لا يرد في الرق اذا عجز
لان الواجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية
في جزء منه ولان رده في الرق هاهنا لا يفيد لانا لو رددناه الى
الرق لاحتجنا الى ان نخيره على السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرق
فان قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد الا برضاه والسعاية تلزمه من غير
رضاه فاني يستويان قالجواب انه انما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب
بحقيقة العقد اذ المكاتبة معاوضة من وجه فافتقرت الى التراضي
والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية ثابتة شرعا
اختيار السعاية ولا يقف وجوبها على الرضى انما شرط في الكتابة المبتدأة
لانه يجوز ان يرضى العبد وان لا يرضى بها ويختار السعاية على الرق
فوقفت على الرضى وها هنا لا سبيل الى استيفاء بدل على الرق شرعا
اذ لا يجوز ذلك فلم يشترط رضاه للزوم السعاية ثم اختلف
اصحابنا فقال ابو حنيفة هذا الخيار ثبت للشريك الذي لم
يعتق سواء كان المعتق معسرا او موسرا وقال ابو يوسف ومحمد لا
يثبت الا اذا كان معسرا لان الاعتاق لما لم يكن متجزيا عندهما
كان للمعتق متلفا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب
الضمان يمنع وجوب السعاية وكان ينبغي ان لا يجب حال الاعتاق
ايضا وان يكون الواجب الا الضمان في الحالين جميعا وهو قول
زفر بن هذيل المريسي وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف
باليسار والاعسار الا ان عرفنا وجوبها شرعا بخلاف القياس
بالنص الذي روينا والنص ورد بها في حالة الاعسار فحال اليسار

بقيت

بقيت على اصل القياس ولما كان متجزيا عنده لم يكن الاعتاق اتلافا
لنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الاتلاف لكن بقي نصيبه محتبسا
عند العبد حقه حيث لا يمكن استخلاصه منه وهذا يوجب الضمان
على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار والاعسار
فيثبت خيار السعاية في الحالين اذا عتق بالاعتاق او بالسعاية
او بدل الكتابة فالولاء بينهما لان الولاء للمعتق والاعتاق حصل
منهما واما خيار التضمين حال يسار المعتق فانما ثبت شرعا
غير معقول المعنى بالاحاديث التي روينا لان الاعتاق اذا كان
متجزيا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتطاع
ومن تصرف في ملك نفسه لا يواخذ بما حدث في ملك غيره عند
تصرفه لا متصرقه كمن احرق دار نفسه فاحترقت دار جاره او سقى
ارض نفسه فغرقت ارض جاره او حفر بيرا في دار نفسه فوقع فيها
انسان وكذلك الا ان وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنص
لقيد اعتبر معقول فتبقى حالة الاعسار على اصل القياس او ثبت معقولا
معنى النظر للشريك ليلا يتلف ماله بمقابلة ماله في ذمة المفلس من
غير صنع من المعتق في نصيب شريكه فصلح ان يكون موجبا للضمان
ومن غير ان يكون في مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع لنفقة
المحارم وضمان الصلة والتبرع انما يجب حالة اليسار كما في نفقة
الاقارب او وجب نظرا للعبد لانه يترع عليه باعتاق نصفه ولم يتم
غرضه في اتصال عمرات المعتق الى العبد فوجب عليه الضمان تتميما
لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار ومن مشائخنا من مسلك
طريقا اخر في لابي حنيفة في ضمان المعتق فقال هذا ضمان افساد
عنده لان المعتق باعتاقه نصيب افسد نصيب شريكه حيث اخرجه
من ان يكون منتفعا به في حقه حتى لا يملك فيه سائر التصرفات للزيله
للملك عقيب فعله وانما يملك الاعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب

وصف مؤثر يضاف اليد الا انه لا يجب على المسر نصا بخلاف القياس وسنم
من قال هو ضمان تملك لان وجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه
ملكا له حتى كان له ان يعتق بنفسه مجانا بغير عوض وان شا استسعى
العبد وهذا تفسير ضمان التملك ان يكون مقابلة الضمان ملك العوض
وهذا كذلك ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي
وجود الاتلاف كضمان الغصب فان قيل كيف يكون ضمان التملك والمضمون
هو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك الى ملك قيل يحتمل النقل الى
ملك المعتق بالضمان ان كان لا يحتمل النقل الى ملك غيره وجوز بيعه
منه ايضا في القياس كذا ذكر في الاصل وقال ان باع الذي لم يعتق نصيبه
من المعتق او وهبه له على عوض اخذه منه فمنه او اختياره الضمان
سواء في القياس غير ان هذا فحسنهما لكن لا يبقى جواز النقل لا على وجه
البيع فان الشي قد يحتمل النقل الى انسان بالضمان وان كان لا
يحتمله جهة البيع فان الخمر ينتقل الى المسلم بالضمان بان اتلف
على ذمي ضمنه وان كان لا تنتقل اليد بالبيع على ان قبول المحل لانتقال
الملك فيه يشترط حال انعقاد السبب لا حال اداء الضمان لانه يملكه من
ذلك الوقت فيراعى قبول المحل لانتقال الملك فيه يشترط في ذلك الوقت
الا ترى ان من غصب من آخر عبدا فملكه في يده ثم ادى الضمان انه
يملكه ومعلوم ان المالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد
السبب لاجل اداء الضمان لانه يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول
المحل في ذلك الوقت الا ترى ان من غصب من آخر عبدا فملكه في يده ثم
ادى الضمان انه يملكه ومعلوم ان المالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا
وقت انعقاد السبب والملك يثبت من ذلك الوقت لغير قبول المحل فيه
كذا هنا ثم اذا ضمن الذي اعتق فالمعتق بالخيار ان شا اعتق ما بقي
وان شا دبر وان شا كاتب وان شا استسعى لما ذكرنا في الشريك الذي لم
يعتق لان نصيبه استقل اليد فقام مقامه وباي وجه عتق من

الاعتاق او السعاية فولا العبد كله لانه عتق كله على ملكه هذا اذا كان
المعتق موسرا فاما اذا كان معسرا فللشريك اربع خيارات ان شا اعتق
وان شا دبر وان شا كاتب وان شا استسعى لما ذكرنا واما على قول ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فكان
اعتاق بعضه اعتاقا لكله ولا خيار للشريك عندهما وانما له الضمان
لا غير ان كان المعتق موسرا وان كان معسرا فله السعاية لا غير لما
ذكرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغي ان يكون الواجب
هو الضمان في حالة اليسار والاعسار الا ان وجوب السعاية في
حالة الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص واما على قول الشافعي
ان كان المعتق موسرا عتق كله وللشريك ان يضمنه لا غير كما قالا
وان كان معسرا لم يعتق ما اعتق ويبقى الباقي محلا لجميع التصرفات
المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك لان الاعتاق لا يتجزى عنده
فحالة اليسار وفي حالة الاعسار يتجزى كما ذكرنا من الدلايل لابي
حنيفة رحمه الله فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيب
على ما كان من مشايخنا من قال لا خلاف بين اصحابنا في ان المعتق
لا يتجزى وانما اختلفوا في الاعتاق وهذا غير سديد لان الاعتاق
لما كان متجزيا عند ابي حنيفة كان العتق متجزيا ضرورة اذ هو حكم
الاعتاق والحكم يثبت على وفق العلة ولما لم يكن متجزيا عندهما لم يكن
الاعتاق متجزيا ايضا لما قلنا ولان القول بهذا قول بتخصيص العلة لانه
يوجد الاعتاق في النصف ويتاخر العتق فيه الى وقت الضمان او السعاية
وانه قول بوجود العلة ولا حكم وهو تفسير تخصيص العلة وانه باطل
ولنا ان العتق وان ثبت في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه لكن
في العتق حق الله تعالى وحق العبد بالاجماع وانما اختلفوا في الرجحان
والقول بالتمليك ابطال الحقين وهذا لا يجوز ولكذا فيه اضرار بالمعتق
واهدار تصرفه من حيث التغرم للحال واضرار بالعبد من حيث الحاق الذل

بدفع استعمال النصف الحر والضرر منتفي شرعا فان قيل ان كان في التمليك
اضرار بالمعتق والمعتق في المنع من التمليك اضرار بالشريك الساكت
لما فيه من منعه عن التصرف في ملكه فوقع التعارض فالجواب ان لا نسلم
عن التمليك اصلا وراسا فان له تضمين المعتق وليسعى العبد ويكاتبه
وفي التضمين تمليكه من المعتق بالضمان وفي الاستسعاء والمكاتبة
ازالة ملكه الى عوض وهو السعاية وبدل الكتابة فكان ما قلنا رعاية
للجانبين فكان اولى وان اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه
مدبرا عند ابي حنيفة لان نصيبه باق على ملكه محتمل للتحرير
الى العتق والتدبير تخريج الى العتق الا انه لا يجوز له ان يتركه على
حاله ليعتق بعد الموت بل يجب عليه السعاية للحال فيودي فيعتق
لان تدبيره اختيار منه للسعاية وله ان يعتق لان المدبر قابل
للاعتاق وليس له ان يضمن المعتق لان التضمين يقتضي ملك
المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولان لتدبيره اختيارا
منه للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمين على ما نذكر
وان اختار الكتابة فكاتب نصيبه يصير نصيبه مكاتبا عند ابي حنيفة
لما قلنا وكانت مكاتبته اختيارا منه للسعاية حتى لا يملك تضمين المعتق
لتعذر السعاية لان ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل فتعذر التضمين
وعليه عتاقه لان الكتابة لا تمنع من الاعتاق ثم معتق البعض اذا كان موسرا
فالامر لا يخلو اما ان كاتبه على الدراهم والدنانير واما ان كاتبه على العروض
واما ان كاتبه على الحيوان العروض الحيوان فان كاتبه على الدراهم والدنا
نير فان كانت المكاتبة على قدر قيمته جازت لانه قد ثبت له اختيار السعاية
واذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية ورضا عليها وان كاتبه
على اقل من قيمته يجوز ايضا لانه رضي باسقاط بعض حقه وله
ان يرضى باسقاط الكل فهذا اولى وان كاتبه على اكثر من قيمته فان
كانت الزيادة فيما يتغابن الناس في مثله جازت ايضا لانها السبب

بزيادة

بزيادة مستحقة لاحد لما تحت تقويم المقومين وان كانت مما
لا يتغابن الناس في مثله يطرح عنه الفضل لان مكاتبته اختيار
للسعاية والسعاية من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز احد النوعين
على القدر المستحق لانه يكون ربا وان كانت المكاتبة على العروض جاز
بالقليل والكثير لان الثابت له وهو السعاية من جنس الدراهم
والدنانير لان بيع الدراهم والدنانير بالعروض جايز قلت العروض
او كثرت وان كانت على الحيوان جازت لان الحيوان يثبت دينا في الذمة
عوضا عما ليس بمال ولهذا جاز ابتداء الكتابة على حيوان ويجب
الوسط كذا هذا ولو صالح الذي لم يعتق العبد او المعتق على مال
فهذا لا يخلو عن الاقسام التي ذكرناها في المكاتبة فان كان الصلح
عن الدراهم والدنانير على نصف قيمته لاشك انه جايز وكذا اذا
كان على اقل من قيمته نصف لانه يستحق نصف قيمته فاذا رضي
بدونه فقد اسقط بعض حقه فيجوز وكذا كان الكثر من نصف قيمته
مما يتغابن الناس في مثله لما قلنا فاما اذا كان الكثر من نصف قيمته
مما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعا اما على
اصل ابي يوسف ومحمد فظاهر لان نصف القيمة قد وجب على
العبد او على المعتق في التضمين من الدراهم والدنانير فالزيادة
على قدر المستحق تكون فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة
فيكون ربوا فمن كان له على آخر الف درهم فصالحه على الف وخمسمائة
ان الصلح يكون باطلا لهذا وهذا على اصلهما مطرد لان عندهما
ان من اتلف على آخر مالا مثل له او غصب منه مالا مثل له فملك في
يده فالثابت في ذمته القيمة حتى لو صالح على اكثر من قيمته لا يجوز
عندهما فكذا ضمان العتق لانه ضمان اتلاف عندهما واما عند ابي
حنيفة فالصلح على المتلف والمغصوب على اضعاف قيمته جايز
وها هنا نقول لا يجوز فيحتاج الى الفرق بين المسئلتين ووجه

بزيادة

الفرق له من وجوه احدها ان الواجب بالاتلاف والغصب فيما لا مثل له
من جنسه في ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته واذا صالح
على اكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضا عن المتلف فجاز
وضمان العتق ليس بضمان اتلاف ولا ضمان غصب عنده لان الثابت
المتلف والمغصوب في الذمة فكان الثابت في الذمة هو القيمة وهي
دراهم ودنانير فلا يجوز الصلح على اكثر منهما والثاني ان الغاصب
انما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له ان لا يضمنه
اصلا ليتملك على ملكه ليثاب على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيمة
فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا
صلحا عن العبد على هذا القدر من المال كأنه ملكه منه وانه يحتمل التمليك
مقصودا فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان
في باب الغصب يجب وقت الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان
فيثبت الملك للغاصب في المغصوب في ذلك الوقت واندفع ذلك الوقت
قابل للتمليك فصح الصلح عن القليل والكثير والضمان في باب العتق
يجب وقت الاعتاق والعبد في الوقت لا يحتمل التمليك مقصودا فلا
يصلح لان يقع عن العبد وانما يقع عن قيمته فلا يجوز على الزيادة من قيمته
وان كان الصلح على عوض جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع المفرض
بالدراهم والدنانير والنجا يز كيف ما كان وان صالحه على شيء من
الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما فان صالح العبد جاز وعليه الوسط
وان صالح المعتق لم يجز لان في الفصل الاول جعل الحيوان بدلا عن العتق
والدليل على ان الحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال
كالاعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد ولان الصلح
مع العبد في معنى مكاتبته ولو كاتبه على عبد مطلق او فرس يصح
ويجب الوسط كذا هذا واما في الفصل الثاني جعل الحيوان بدلا عن
القيمة وانها مال والحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن المال كالبيع

ونحوه

٣٦٤

ونحوه ولو كان شريك المعتق في العبد صبيا او مجنونا لاب او جد او وصي
اب او وصيه بالخيار ان شاء ضمن المعتق وان شاء استسعى العبد وان
شاء كاتبه وليس له ان يعتق او يدبره لان التدبير اعتاق والصبي والمجنون
لا يملكان الاعتاق فكذا من يلي عليهما وانما يملك الاب او الوصي التضمين
والاستسعاء لان الاستسعاء مكاتبة والاب والوصي يملكان مكاتبة
عبد الصبي والمجنون لا يملكان الاعتاق فكذا من يلي عليهما وانما يملك
الاب او الوصي التضمين والاستسعاء لان الاستسعاء مكاتبة والاب
والوصي يملكان مكاتبة عبد الصبي والمجنون والتضمين فيه نقل
الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبي والمجنون
والتضمين فيه نقل الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال
الصبي والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتبا او ماذونا عليه دين
انه يخير بين الضمان والسعاية والمكاتبة لانهما لا يملكان الا عتاق
لانعدام ملك الرقبة اما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لانه خص
بالتصرف فيما في يده من المولى واما المأذون الذي عليه دين فلذلك
لان المولى لا يملك ما في يده على اصل ابي حنيفة فيكون الخيار للعبد
وعلى اصلهما ان كان يملك لكن العبد اخص بالتصرف مما في يده من المولى
وان كان لا دين عليه فالخيار للمولى لما في الفصل لانه اذا لم يكن عليه دين فهو
وما في يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعاية
في الصبي والمجنون الولاء لهما لانهما من اهل الولاء لكونهما حرين وفي
المكاتب والمأذون الولاء للمولى لكونهما قنين والولاء لا يثبت الا للحر
وان لم يكن للصغير والمجنون ولي ولا وصي فان كان هناك حاكم
نصب الحاكم من يختار لهما اصلح الامور من التضمين والسعاية والمكاتبة
وان لم يكن هناك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ليستوفيا
حقوقهما من الخيارات الخمس ثم اذا اختلف حكم اليسار والاعسار في الضمان
لا بد من معرفتهما فاليسار ان يملك للمعتق قدر قيمة ما بقي من العبد

قلت اوكثرت والاعسار هو الايملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وعلى
حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه والا فلا الا هذا وقت الاشارة
فيما روينا من حديث ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان له
شقص في مملوك فاعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال
استسعى العبد في قيمته غير مشقوق عليه اعتبر مطلق المال لا اضاب واشار ان
الواجب تخليص العبد وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل ثم يسار المعتق
واعساره يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وان
ايسر بعد ذلك لان ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الاتلاف
والغصب ولو اختلفا في اليسار والاعسار فان كان اختلافهما حالة الاعتاق
فالقول قول المعتق لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا
للمعتق والبينة بينة الاخر لانها تثبت زيادة وان كان الاعتاق متقدما
واختلفا فقال المعتق اعتقت عام اول وانا معسر وقد ايسرت فيعتبر ذلك
الوقت وقال الاخر اعتقت عام الاول وانت موسر فالقول قول المعتق وعلى
الشريك اقامة البينة لان حال اعسار اليسار والاعسار يشهد للمعتق فيحكم
الحال كما اذا اختلف صاحب الرجي والضمان في انقطاع الماء وجريانه انه يحكم
الحال كذا هاهنا وقد قال ابو يوسف في عبدين بين رجلين قال احدهما احدكما
حر وهو فقير ثم استفتى ثم اختار ان يوقع العتق على احدهما ضمن نصف قيمته
يوم العتق وكذلك كان مات قبل ان يختار وقد استفتى قبل موته ضمن ربع
قيمة كل واحد منهما انما نظر الى حاله يوم اوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من
العبد ثم اد العتق انما نظر الى حال مولاه ثم عتق المكاتب ولا نظر الى حاله يوم كاتب
وهذا على اصله صحيح لان اضافة العتق الى المجهول تعليق العتق عنده بشرط
الاختيار كانه علق به ثم اضاف فيعتبر حاله يوم الاختيار كانه يوم العتق كما لو قال
لعبد مشترك بينه وبين غيره ان دخلت الدار فانت حر فدخلها نصفه ضمن نصف
قيمته يوم دخل الدار لا يوم اليمين لان يوم الدخول هو يوم العتق واما على
اصل محمد فاضافة العتق الى المجهول تنجيز او ان ما الاختيار تعيين لما وقع عليه

العتق

العتق فتعتبر صفة المعتق من يساره واعساره يوم التكلم بالعتق
وكذا التقدير قيمة العتق العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق
حتى لو غلت قيمته يوم اعتقه ثم ازدادت او انقصت او كانت امة
فولدت لم يلتفت الى ذلك ويضمنه قيمته يوم اعتقه لان يوم وجوب
الضمان فتعتبر قيمته يوم يتملك في الغصب الاتلاف وان لم يعلم واختلفا
فجملة الكلام فيه ان العبد لا يخلو اما ان يكون قايما وقت الخصومة
واما ان يكون هالكا اتفقا على حال العتق او اختلفا فيه والاصل في
هذه الجملة ان الحال ان كانت تشهد لاحدهما فالقول قول المعتق
لانه منكر فان كان العبد قايما وقت الخصومة واتفقا على العتق والحال
واختلفا في قيمته بان قال المعتق اعتقته اليوم وقيمته كذا وقال شريكه
نعم اعتقته اليوم الا ان قيمته اكثر من ذلك وجمع الى قيمته للحال ولا
تعتبر البينة لان الحال اصدقه وكذا لو اختلفا في حال العتق
فقال المعتق اعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا وقال الشريك لا بل
اعتقته اليوم وقيمته اكثر وقال المعتق اعتقته اليوم وقيمته كذا
وقال الاخر اعتقته قبل ذلك وكانت قيمته اكثر رجع الى قيمته في
الحال لان الحال اذا شهدت لاحدهما فالظاهر انها كانت كذلك
وقت الاعتاق اذ الاصل دوام الحال والتغير خلاف الاصل فكان الظاهر
شاهدا له فاشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع السلطان في انقطاع
الماء وجريانه انه يحكم الحال كذا هنا وان اتفقا على ان العتق كان منذ
على زمان للخصومة لكن قال المعتق قيمته كذا وقال الشريك بل كانت
اكثر فهاهنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع الى قيمة العبد في الحال
لانها تزيد وتنقص في المدة ويكون القول قول المعتق لان الشريك يدعي
عليه زيادة ضمان وهو منكر فكان القول قوله كالمتلف والغاصب
وقالوا في الشفعة اذا احترق البنا واختلف الشفيع والمشتري
في قيمته وقيمة الارض ان المرجع الى قيمة الارض في الحال والقول في البنا

ع

قول المشتري لان الشفيع يريد ان يتملك عليه الارض بالشفعة
فلا يجوز ان يملكها الا بقوله فاما المعتق فلا يريد ان يتملك
واما شريكه يدعي عليه بزيادة ضمان وهو منكر وكذلك اذا كان العبد
هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر للزيادة والله اعلم فان هلك
العبد قبل ان يختار الشريك الذي لم يعتق شيئا هل لهذا ان يضمن
المعتق وروى ابو يوسف رواية اخرى عنه انه لا ضمان على المعتق
وجه هذه الرواية ان تضمين المعتق ثبت نصا بخلاف القياس لما بينا
فيما تقدم ان الشريك لما اعتاق تصرف في نصيب شريكه لنفسه لما
لا قتصار عليه لتفاوت نصيب الشريك على ملكه وبدء بعد الاعتاق
الان ولاية التضمين ثبتت شرعا شريطة نقل ملكه المضمون
الى الضامن فاذا هلك لا يبقى الملك فلا يتصور نقله فبقي ولاية
التضمين على اصل القياس وجه رواية محمد ان ولاية التضمين قد
ثبتت بالاعتاق ولا تبطل بموت العبد المغصوب في يد الغاصب واما قوله
ملك الشريك هلك العبد خرج عن احتمال النقل فنقول الضمان يتقد
الى وقت الاعتاق فيستند ملكه المضمون الى ذلك الوقت كما في باب
الغصب وهو في ذلك الوقت كان محتملا للنقل فامكن ايجاب الضمان
هذا اذا مات العبد فاما اذا مات احد الشريكين فان مات المعتق فلا يخلو
اما ان يكون الاعتاق في حال صحته واما ان يكون في حال مرضه فان
كان في حال صحته يوخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وان كان
في حال مرضه لم يضمن شيئا حتى لا يوخذ من تركته وهذا قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يسعى في الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا
مبني على الاصل الذي ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزى عندهما وعنده
يتجزى ووجه البناء على هذا الاصل اذ الاعتاق لم يكن متجزيا عندهما
كان ضمان المعتق ضمان اتلاف وضمين الاتلاف لا يختلف بالصحة و
المرض واذا كان متجزيا عنده كان المعتق متصرفا في ملكه نفسه على طريق

الاقتصار

الاقتصار وشبه هذا لا يوجب الضمان في اصول الشرع ولهذا لو كان
معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا او افساد النصيب شريكه
معنى لوجب الضمان لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار
الا ترى عرفنا وجوب الضمان بالنص والله وود في حال اليسار المطلق
وذلك في حالة الصحة لا بملحال خلوص امواله له وفي مرض الموت
يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة اصلا ولا يصح
تبرعه على الاجنبي الا من الثلث ولا تصح كفالته ولا اعتاقه الا من
الثلث فلم تكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقي
الامر فيهما على اصل القياس ولا ضمان العتق ضمان صلة وتبرع
لوجوبه من غير عوض من جهة المعتق في نصيب الشريك الا ترى
انه لا يجب على المعسر والصلاة اذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة
الاقارب والزكوة وكذلك في هذا الاثر محمد لابي حنيفة انه
لو وجب الضمان على المريض ويوخذ من تركته يكون هذا من مال
الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث للمريض في حال مرض موته
والثلثين للورثة قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم
بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة على اعمالكم وهكذا يقول في حال الصحة
انه يجب صلة ثم يتقلب معاوضة في حال البقاء فانه يثبت به الملك في المضمون
في حق الاعتاق والاستسعاء كالهبة بشرط العوض انما تنعقد صلة
ثم تتقلب معاوضة وانما تتقلب معاوضة لانه يوجب الملك في رقبة العبد
مجازاة لصلته او تحلا عن العبد لان الضمان عليه في الحقيقة لحصول
النفع له ثم له حق الرجوع في مالية العبد بالسعاية كما في الكفالة ان
الكفيل يكون متبرعا في التحمل عن المكفول عنه ثم اذا صح تحمله وملك
ما في ذمته بالاداء الى المكفول له انقلبت معاوضة الا ترى ان من قال
في حال الصحة ما ذاب لك علي فلان فهو علي ثم مات وله على فلان
في مرضه فاخذ ذلك من المريض فانه يقدم من جميع المال لا من الثلث

تقابلي

ولو خذ من تركته ولو وحد انبذ الكتابة في المرض يكون الموري معتبرا
من الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذي
لم يعتق يثبت الخيار لورثته فان اجتمعوا على شئ من الاعتاق
او التضمين او الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لانهم يخلفون
الميت ويقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم في رواية
محمد في الاصل وقال الحسن ان ليس لهم الا ان يعتقوا ويستسعوا ويضمنوا
والظاهر انه رواية عن ابي حنيفة لان الاعتاق عنده لا يتجزى كما لا يتجزى
عند ابي يوسف ومحمد فلا يصح هذا التفريع على مذهبه وجه ما ذكر
في الاصل ان نصيب الشريك قد بقي على ملكه عند ابي حنيفة لتجزي
الاعتاق عنده وقد انفصل نصيبه اي الورثة بموته فصاروا كالشركاء
في الاصل في العبد اعتق احدهم نصيبه ان للباقين ان يختاروا كل واحد
منهم ما يشاء كذا هذا وجه رواية الحسن ان الورثة انتقل اليهم ملك
الميت وملكان لهم ان يختار الضمان في البعض والسعاية في البعض
فكذا لهم ولان المستسعى بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفة ومن كاتب عبده
ثم مات ليس لورثته ان ينفرد وا بان يختار بعضهم الاعتاق وبعضهم
التضمين وبعضهم الاستسعاء ليس لهم الا ان يجتمعوا على شئ واحد
اما التعليق واما الضمان كذا هذا ثم على رواية الحسن لو اعتق بعضهم كان
اعتاقه باطلا ما لم يجتمعوا عليه كذا هذا واذا اجتمعوا على عتقه يعتق
بلا خلاف والولاء يكون للميت حتى ينتقل الى الذكور من ورثته دون
الاناث وهو فائدة كونه للميت لان من اصل ابي حنيفة ان المعتق
بعضه في معنى المكاتب والمكاتب لا ينتقل الملك فيه بالارث وكان ولاءه
للميت كذا هذا ولو كان المعتق موسرا ثم اعتق فاختار الشريك تضمينه
ثم اراد ان يرجع عن ذلك ويختار السعاية ذكر في الاصل انه ليس له ذلك وقد
فصل بينما اذا رضي العتق بالضمان او حكم به حاكم او لم يرض به المعتق
ولا حكم به حاكم وروي بن سماعة عن محمد ان له ذلك ما لم يقبل المعتق منه

التضمين

التضمين او حكم به حاكم فان قبل او حكم به حاكم فليس له ذلك من
المشايخ من لم يجعل في المسئلة اختلاف الرواية وما ذكره بن سماعة
من محمد من التفصيل تفسير لما ذكر في ظاهر الرواية الذي ذهب اليه الخصاف
وقال ازاد بما ذكر في الكتاب اذا قضي به القاضي او رضي به الشريك
وحكي عن الكرخي والخصاف ان جعل مسئلة الغاصب وغاصب الغاصب
على هذا انه اذا اختار المغصوب منه بضمين احدهما ثم بدا له واختار
تضمين الاخر فله ذلك الا ان يرضى به المضمن او يقضي به القاضي ومنهم من جعل في المسئلة روايتين وجه ما ذكر في الاصل
ان له خيار التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيئين اذا اختار
احدهما استحقه عن الاخر فكان اختياره التضمين ابرا للعبد
ولهذا لو اختار السعاية لم يكن له ان يختار الضمان وكان اختيار
السعاية ابرا له عن الضمان من غير قضاء ولا رضا لذا اذا اختار الضمان
وجه رواية بن سماعة ان اختيار الشريك تضمين المعتق ايجاب الملك
له في المضمون بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم الا بالرضا او بالقضاء فما
لم يوجد احدهما لا يتم له الاختيار فكان له الرجوع عنه الى السعاية
بخلاف ما اذا اختار الشريك السعاية انه لا يكون له خيار التضمين
بعد ذلك رضي بذلك العبد او لم يرض لان اختيار السعاية على العبد ليس
فيه ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف
عليه فان اعتق احدهما نصيب صاحبه لم يعتق عنه شئ اما على اصل
ابي حنيفة فظاهر لان العتق عنده يتجزى فيقتصر العتق على
نصيب المعتق فاذا اضاف ملك عبده لم ينفذ واما على اصلهما فالعتق
وان كان لا يتجزى لكن لا بد من ثبوت العتق في نصيبه ثم يسري الى
نصيب شريكه فاذا اضاف الاعتاق الى نصيب شريكه لم يثبت العتق
في نصيب نفسه فلا يتعدى الى نصيب الشريك ولو كان المعتق جارية
حاملا لا يضمن للمعتق من قيمة الولد شيئا لان الحمل بمنزلة طرف من اطرافها

والاطراف بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالضمان الا بعد وجود سببه
وجوب الضمان فيما متصورا ولان الحمل في الاصل يتضمان
المتلف زيادة ضمان ولذلك كل من حمل معتق امة او ضمان المعتق
مالكا لهما كما في الرهن في الجارية الموصى برقبتها للرجل ويحملها
لاحر فاعتق صاحب الرقبة الام معتق الحمل ويضمن قيمته لصا
لان الولد انفرد عن الام عن الملك فجاز ان يفرد بالضمان وان كان
العبد بين جماعة فاعتق احدهم نصيبه فاختار بعض الشركا
الضمان وبعضهم السعاية وبعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم
ما اختار في قول ابي حنيفة لان اعتاق نصيبه اوجب لكل واحد منهم
الخيارات ونصيب كل واحد منهم لا يتعلق بنصيب الاخر فكان
لكل واحد منهم ما اختاره وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة في
عبد بين ثلاثة اعتق احدهم نصيبه ثم اعتق الاخر بعده فللثالث
ان يضمن المعتق الاول ان كان موسرا وان شا اعتق او دبر او كاتب
او استسعى لان نصيبه على ملكه فثبت له الخيارات للتخرج الى الاعتاق
وليس له ان يضمن المعتق الثاني وان كان موسرا لان تضمين الاول
ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا انه لاصنع للمعتق في نصيب الشريك
بالتلاف نصيبه وانما عرفناه بالنص نظر الشريك وانه يحصل بتضمين
الاول ولان ضمان العتق ضمان معاوضة في الاصل فاذا اعتق الاول
فقد ثبت للشريك حق نقل ملكه المضمون اليه باختيار الضمان وتعلق
ذلك النقل حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين
الى غيره فان اختار تضمين الاول فللاول ان يعتق وان شا دبر وان
شا كاتب وان شا استسعى لانه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن
المعتق الثاني لان الاول لم يكن له ان يضمنه فكذا من قام مقامه فاما
على اصلهما فلما اعتق الاول عتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثاني وليس
للثاني والثالث الا التضمين ان كان المعتق موسرا والسعاية ان كان معسرا

وعلى

وعلى هذا ان كان له عبد فاعتق نصفه فعلى قول ابي حنيفة يعتق نصفه
ويبقى الباقي رقيقا يجب تخريجه الى العتاق ان شا اعتق وان شا دبر
وان شا كاتب وان شا استسعى واذا ادى السعاية او بدل الكتابة
يعتق كله وليس له ان يتركه على حاله وعلى قولهما يعتق كله سواء كان
المعتق موسرا من غير سعاية وكذلك اذا اعتق خمسة من عبده او
شقصا منه يمضي منه ما شا ويبقى الباقي رقيقا يخرج الى العتاق
بالخيارات التي وصفنا في قول ابي حنيفة لان الاعتاق عنده متخير
الا ان هاهنا اضاف الاعتاق الى مجهول فيرجع في البيان اليه كما
لو قال احد عبيدي حر وقيل في قياس قول ابي حنيفة في السهم
ان يعتق منه سدسه لان السهم عبارة عن السدس في عرف الشرع
لما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان رجلا اوصى في زمن
النبي صلى الله عليه وسلم بسهم من ماله لرجل فاعطاه النبي عليه
السلام سدس ماله وعن جماعة من اهل اللسان ان السهم عبارة عن
السدس في اللغة وعندهما يعتق كله لان العلق لا يتجزى كعبد بين
رجلين دبره احدهما صار نصيبه مدبرا ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك
ست خيارات وان شا اعتق وان شا دبر وان شا كاتب وان شا استسعى
وان شا ترك على حاله وليس له ان يضمن وهذا قول ابي حنيفة
لان التدبير عنده متجزئ كالاعتاق فيثبت له الخيارات اما خيار الاعتاق
والتدبير والكتابة والسعاية فلان تضمينه بقي على ملكه في حق
التخرج الى الاعتاق واما خيار التضمين فلانه بالتدبير اخرجه من
ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد
اتلفه في حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمين واما خيار
الترك على حاله فلان الحر يتم تثبت في جزء منه فجاز ان تفاوه على الرق وانه
مفيد لان له ان ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخريجه الى الحرية
فلم يعتق المدبر فان اختار تضمين المدبر فليس له ان يرجع بما ضمن على العبد

لان الشريك كان له ان يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له
فان ادى عتق والولاء للمدبر لان كله عتق على ملكه لانتقال نصيب
شريكه اليه وان اختار الاستسعاء او الاعتاق كان الولاء بينهما لان
نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه واما اذا كان معسرا فلا حق
له في الضمان لان ضمان التدبير لا يجب مع الاعسار كما لا يجب ضمان
الاعتاق فبقي اربع خيارات واما على قول ابي يوسف ومحمد صار كله معسرا
لان التدبير على اصلهما لا يتجزى كالاعتاق المعجل وليس للشريك
الا التضمين موسرا كان المدبر او معسرا في الرواية المشهورة عنهما لان
ضمان العتق النقل والتملك يختلف باليسار والاعسار كالبيع ولو كان
العبد بين ثلاثة وطء دبره احدهم وهو موسر ثم اعتق الثاني وهو موسر
فللشريك الثالث ان يضمن المدبر ثلث قيمته ويرجع به المدبر على
العبد وليس له ان يضمنه والمدبر ان يضمن المعتق ثلثي قيمته
مدبرا وليس له ان يضمنه ما انتقل اليه من نصيب الثالث وهذا قول ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد العبد كله مدبر للذي دبره ويضمن
ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا لان التدبير لما كان متجزيا عند
ابي حنيفة فلما دبره احدهم فقد ثبت لكل واحد ستة خيارات
ولما اعتق الثاني فقد استوفى ما كان له فلم يبق له ولاية تضمين المدبر
وليس له ان يضمنه لانه اتلف عليه نصيبه فكان له ولاية تضمين
المعتق لان ضمان العتق ضمان معاوضة في الاصل وهو ضمان
التملك وهو ان يكون بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان
الغصب ولو ضمن المعتق لا يملك المعتق المضمون لان التدبير
يعقد سببا لوجوب الضمان على المدبر وانه يوجب ملك المضمون
فصار ذلك النصيب بحال لا يحتمل النقل الى غير المدبر فتقرر تضمين
المعتق ولان المدبر بالتدبير قد يثبت له حق الولاء والولاء لا يلحقه
الفسخ ولا يجوز ان ينتقل الى الغير وللمدبر ان يضمن المعتق

لانه

لانه بالاعتاق اتلف نصيبه عليه باخراجه من ان يكون منتفعا به
منفعة الاستخدام فيضمن له قيمة نصيبه لكن مدبرا لان المتلف مدبر
ويرجع به المدبر الى العقر لان نصيبه السالمات انتقل اليه فقام هو
مقامه وكان له ان يستسعي العبد فكذا المدبر ولان الحرية لم تثبت
في جزء منه فجاز ابقاؤه على الرق ولم يمكن ان نجعل هذا ضمان
معاوضة لان نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل الى ملك الغير فجعل
ضمان جناية بطريق الضرورة وان شاء المدبر اعتق نصيبه الذي
دبره لانه باعتاق شريكه لم يزل ملكه وان شاء استسعى العبد كما
في عتق احد الشريكين فان اختار التضمين كان للمعتق ان يستسعي
العبد لان المدبر اقامه مقام نفسه فكان له ان يستسعيه فكذا له
وليس له ان يضمن للمعتق قيمة الثلث الذي انتقل اليه من الثالث
لان المدبر انما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستندا الى وقت
التدبير والمستند قبل ثبوته في المحل يكون ثابتا من وجه دون
وجه فلا يظهر ملكه في حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك واما
عند هما فالتدبير ما لم يكن متجزيا صار الكل مدبرا ويضمن ثلثي
قيمته للشريكين لانه اتلف نصيبهما عليه سواء كان موسرا او معسرا
ولا تجب السعاية هاهنا بخلاف الاعتاق لان بالاعتاق يزول ملكه
فيسعى وهو حر وها هنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله
مدبرا له وكسب المدبر للمولى فتتعذر الاستسعاء وعلى هذا اذا شهد
احد الشريكين على الآخر بالاعتاق بان كان العبد بين رجلين فشهد
احدهما على صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه ويجوز اقراره على نفسه
ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه
ويسعى العبد في قيمته بينهما موسرين كانا او معسرين في قول ابي
حنيفة وعندهما ان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد
على العبد وان كان معسرا فله السعاية عليه اما عدم الشهادة فلانه

في هذا الباب غير مقبوله ولو كانا اثنين لا تقبل شهادتهما ايضا لانهما
بشهادتهما يجران المغنم الى انفسهما لانهما يثبتان بها حق التضمين
لانفسهما ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه
وسلم الا انه بشهادته على نفسه صار معزا بفساد نصيب نفسه جايز
لان الانسان مصدق في اقراره على نفسه خصوصا فيما يضر به
ولا تعتق نصيب الشريك الشاهد لانه لو لم يوجد منه الاقرار تعتق
نصيبه وانما اقر بالعتق في نصيب شريكه في حقه ولا يضمن الشاهد
لشريكه لانه لم يعتق نصيب نفسه واما السعاية فلان فساد نصيبه
يوجب التخريج الى العتق بالسعاية فيسعى العبد لهما في قيمته بينهما
فيسعى الشاهد في نصف قيمته ويسعى للمنكر في نصف قيمته سواء
كان المنكر معسرا او موسرا في قول ابي حنيفة لان السعاية تثبت مع
اليسار والاعسار على اصله اما حق الاستسعاء للشاهد وان كان
المشهود عليه فلان من زعمه ان نصيبه على ملكه وقد تعذر عليه التصرف
فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعي واما عندهما فان كان المنكر موسرا
فلا سعاية للشاهد على العبد لانه يزعم انه اعتق ما اعتاق شريكه وانه
لا يستحق الا الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار على اصلهما
وان كان معسرا فللشاهدان يستسعي واما المنكر فليستسعي على كل حال
بالاجماع معسرا كان او موسرا لان نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الاقرار
بسقوط حقه عن السعاية فان اعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه
قبل الاستسعاء جاز في قول ابي حنيفة لان نصيب المنكر على ملكه وكذلك
نصيب الشاهد عنده لان الاعتاق يتجزى فاذا اعتقا نفذ عتقهما والولاء
بينهما لان المعتق منهما وكذلك ان استسعيا استسعاء واحدا السعاية
فالولاء لهما واما على قولهما فالولاء في نصيب الشاهد موقوف لان في زعم
الشاهدان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزى على اصلهما وشريكه يجحد
ذلك فيسلم له النصف ويتوقف النصف وان شهد على كل واحد منهما وكذلك

ان استسعاء ادى السعاية فالولاء لهما واما على قولهما فالولاء في نصيب
الشاهد موقوف لان في زعم الشاهدان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزى
على اصلهما او شريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويتوقف النصف وان شهد
كل واحد منهما على صاحبه يقبل في وجوب الضمان على صاحبه او السعاية
على العبد وصاحبه منكر فيحلف كل واحد منهما لصاحبه وهذا الان فايدة
الاستحلاف النكول ليقضي به والنكول اما يدل او اقرار والضمان
مما يصح بدله والاقرار به واذا تحالفا سعى العبد لكل واحد منهما
في نصف قيمته في قول ابي حنيفة لان في زعم كل واحد منهما ان شريكه
قد اعتق وان له الضمان او السعاية وتعذر التضمين حيث لم يصدقه
الاخر فبقي الاستسعاء ولا فرق عند ابي حنيفة بين حال اليسار والاعسار
واما على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما لان لكل واحد
منهما ان يضمن الضمان على شريكه ويزعم ان لا سعاية مع اليسار فلم يثبت
له ما ابرأ العبد عنه وان كانا معسرين سعى العبد لكل واحد منهما يزعم
ان شريكه اعتق وهو معسر فلا حق له الا السعاية وان كان احدهما موسرا
والاخر معسرا سعى العبد للموسر ولم يسع للمعسر لان للموسر يزعم انه لا
ضمان له على شريكه وانما له السعاية على العبد والمعسر يزعم ان الضمان
على الشريك وانه قد ابرأ العبد ثم هو عبد في قول ابي حنيفة ويسعى وهو
رقيق الى ان يودي ما عليه لان المستسعى يحكم الكتابة على اصله و
عندهما هو حر وعليه دين حين شهد المولى ان يسعى وهو حر لان في زعم
كل واحد منهما انه حر من جهة صاحبه ومن اقر بحرية عبد في ملكه عتق
عليه عبد بين رجلين قال احدهما ان كنت دخلت هذه الدار امس فانت
حر وقال الاخر ان لم تكن دخلتها امس فانت حر ولا يدري ادخل
اولم يدخل عتق نصف العبد منهما ويسعى في نصف قيمته بين المولين
موسرين كانا او معسرين في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان كانا معسرين
سعى في نصف قيمته بينهما وان كانا موسرين فلا سعي لاحد وان كان احدهما

موسرا والاخر معسرا يسعى للموسر في ربع قيمته ولا يسعى للمعسر وقال
محمد ان كانا موسرين لا يسعى وان كانا معسرين سعى لهما في جميع قيمته
وجه قول محمد ان كل واحد منهما يدعي على صاحبه انه اعتقه نصا
كشهادة كل واحد منهما على صاحبه ولان من عتق عليه نصف العبد محجانا
لغير سعاية مجهول فلا يمكن القضاء به فكان من يقضي عليه بسقوط
نصف السعاية مجهولا ولابي حنيفة وابي يوسف ان نصف العبد قد
عتق بيقين لان احد الشريكين حائز بيقين اذ العبد لا يخلو من ان
يكون داخل الدار ولم يدخل اذ لا واسطة بين الوجود والعدم وليس
احدهما بتقييد المحنث اولى من الاخر والمقضي له بالعتق متيقن
فيقسم نصف العتق بينهما واذا عتق نصف العبد بيقين تعذر
ايجاب كل السعاية عليه فيجب نصف السعاية ثم على اصل ابي حنيفة
يسعى في نصف قيمته بينهما سواء كانا موسرين او معسرين لان ضمان
السعاية عنده لا يختلف باليسار والاعسار وعند ابي يوسف يختلف
فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين لا يسعى وان كان احدهما
معسرا والاخر موسرا يسعى للموسر ولا يسعى للمعسر وما ذكر محمد رحمه
الله ان هذه شهادة كل واحد منهما على صاحبه غير سديد لان ها هنا
تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا وفي مسئلة الشهادة لم يتيقن بالحرية
لاحتمال ان تكون الشهادة كاذبتين واما قوله ان الذي يقضي
عليه بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم ولكن هذا لا يمنع القضاء اذا كان
المقضي له معلوما لان المقضي له اذا كان معلوما يمكن دفع الجهالة
التي من جانب المقضي عليه بالقسمة والتوزيع واذا كان مجهولا لا يمكن
فان حلف رجلان على عبدين كل واحد منهما لاحدهما فقال احدهما
لعبده ان كان زيد دخل الدار اليوم فانت حر وقال الاخر لعبده ان لم
يكن زيد دخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدري ادخل
زيد الدار ام لا لم يعتق واحد من العبدين لانها هنا المقضي له وعليه

كل

كل واحد منهما مجهول ولا وجه الى القضاء عند تمكن الجهالة الطارئة
في الفصل الاول المقضي له بالعتق متيقن معلوم والقضاء على مثله
جايز كمن اعتق واحدة من جواريه العشرة ثم جهلها وعلى هذا قال
ابو يوسف في عبد بين رجلين قال احدهما لاحد العبدين انت حران
لم يدخل فلان هذه الدار اليوم وقال الاخر للعبد الاخر ان دخل فلان
هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وتصادقا انما لا يعلمان
دخل او لم يدخل فان هذين العبدين يعتق من كل واحد منهما
ربعه ويسعى في ثلاثة ارباع قيمته بين المولين نصفين وقال محمد
قياس قول ابي حنيفة ان يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما
نصفين وجه قول ابي يوسف ان نصف احد العبدين غير معين قد عتق
بيقين لان فلانا لا يخلو اما ان يكون دخل الدار اليوم او لم يكن دخل
فكان نصف احدهما حرا بيقين وليس احدهما بذلك اولى من الاخر
فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى
كل واحد منهما في ثلاثة ارباع قيمته للتخريج الى العتاق كما في المسئلة
المتقدمة الا ان هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى في النصف
الباقي وها هنا عبدان فيعتق نصف احدهما غير عين ويقسم على المولين
فيعتق على كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد منهما في الباقي
وذلك ثلاثة ارباع قيمته وجه قول ابي حنيفة ان المقضي له وعليه مجهول
ولا سبيل الى القضاء بالحرية مع جهالتهما فيسعى كل واحد منهما في جميع
قيمته بخلاف المسئلة المتقدمة لان ثمة المقضي له غير مجهول ومن هذا
النوع ما ذكر في سماعة عن ابي يوسف في عبد بين رجلين زعم احدهما
ان صاحبه اعتقه منذ سنة وانه هو اعتقه اليوم وقال شريكه لم اعتقه
وقد اعتقته انت اليوم فاضمن لي نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على
الذي زعم ان صاحبه اعتق منذ سنة لان قوله اذا اعتقته اليوم ليس با
عتاق بل هو اقرار بالعتق وانه حصل بعد اقراره على شريكه بالعتق فلم يصح

لان

وكذلك لو قال اعتقه صاحبي منذ سنة واعتقته انا امس وان لم يقيد باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة انه اعتقه امس فهو ضامن لشريكه لظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره باقراره

فصل

واما بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فللاعتاق احكام بعضها اصلي وبعضها من التوابع اما الحكم الاصلي للاعتاق فهو ثبوت العتق لان الاعتاق اثبات العتق والعتق في اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطير اذا قوي وطار عن وكره ولهذا كان مقابلة وهو الرق عبارة عن الضعف في اللغة يقال ثوب رقيق اي ضعيف وفي متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمي الذي يصير به الادمي محلا للتملك وهو عبارة التحرير الحكم الاصلي للتحرير هو ثبوت الحرية لان التحرير اثبات الحرية وهو الخلوص يقال طين حراي خالص وارض حرة اذا لم تكن عليها خراج وفي عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق وهذا الحكم يعم جميع انواع الاعتاق غير انه ان كان تنجيزا يثبت هذا الحكم للحال وان كان تعليقا بشرط او اضافة الى وقت يثبت بعد وجود الشرط والشرط ويكون للحال قبل ذلك على حكم ملك المالك في جميع الاحكام الا في التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير عندنا وكذا الاستيلاد وهذا الحكم قد يثبت في جميع ما اضيف اليه وقد يثبت في بعض ما اضيف اليه وجملة الكلام فيه ان الاعتاق لا يخلو اما ان يكون في الصحة او في المرض فان كان في الصحة عتق كله سواء كان له مال اخر ولم يكن وسواء كان عليه دين او لم يكن لان حق الورثة والغرماء لا يتعلق بامارجانة الصحة والا عتاق صادف خالص ملكه لا حق لاحد فيه فيثبت وان كان في المرض فان كان له مال اخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال ليعتق كله لان الثلث خالص ملكه لا حق للورثة فيه وانما تعلق حقهم بالثلثين والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة على اموالكم وان كان لا يخرج

كله

كله من ثلث المال واجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فاذا اجازوا فقد زال المانع فيعتق كله وان لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة وان لم يكن له مال سوى العبد فان اجازت الورثة عتق كله لما قلنا وان لم يجيزوا اعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لما قلنا والدليل عليه ايضا ما روي في حديث ابي قلابة ان رجلا اعتق عبده في مرض موته ولا مال غيره فاجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك وعلى ان الاعتاق في مرض الموت وصية حيث اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لا سعاية في التدبير حيث استسعى العبد هذا اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيمته ولا مال له سوى العبد هذا اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيمته ولا مال له سوى العبد اوله مال اخر لكن الدين مستغرق لماله فاعتق يسعى في جميع القيمة للغريم رد اللوصية لان الدين مقدم على الوصية الا ان العتق لا يحتمل النقض فتجب السعاية وروي عن ابي الاعور ان رجلا اعتق عبدا له عند الموت وعليه دين فقال النبي صلى الله عليه وسلم يسعى في الدين وكذا روي عن علي وابن مسعود وان كان الدين مستغرقا لقيمة العبد بان كان الدين الف درهم وقيمة العبد الفان يسعى في نصف قيمته للغريم رد اللوصية في قدر الدين ثم نصفه الثاني عتق بطريق الوصية فان اجازت الورثة عتق جميع نصفه الثاني وان لم يجز يعتق ثلثا النصف الباقي مجانا بغير سعي وهو سدس الكل ويسعى في ثلثي النصف فالحاصل انه يعتق سدسه بغير سعي ويسعى في خمسة اسداسه ثلاثة اسهم للغريم وسهمان للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التي ذكرنا انه ان كان له مال سواهما وهما يخرجان من الثلث عتقا جميعا بغير سعي لما ذكرنا وان لم يخرجا من الثلث واجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا وان لم

تجيز واعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة
وان لم يكن مال سواهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا بغير سعي
وان لم تجز واعتق من كل واحد منهما ثلاثة ويسعى في الثلثين
للورثة فيجعل كل رقبة على ثلاثة اسهم فيصير جملة المال وهما العبدان
على ستة اسهم فيخرج منهما سهام العتق وسهام السعاية للعبدين سهمان
من ستة وارلعة اسهم للورثة فاستقام الثلث والثلثان فان مات
احدهما قبل السعاية يجعل هو مستوفيا الوصية متلفا لما عليه
من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقي فيجمع نصيب
الورثة وذلك اربعة اسهم ونصيب العبد الحي وذلك سهم فيكون
خمسة فيعتق من العبد الحي خمسة ويسعى في اربعة اخماسه فيجعل
للورثة اربعة اسهم وللحي سهم والميت قد استوفى بينهما فحصل
للورثة اربعة اسهم وللوصية سهمان فاستقام الثلث والثلثان
وان كان العبيد ثلاثة وان لم يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد
منهم ثلثه ويسعى في ثلث قيمته فيصير كل عبد على ثلاثة اسهم
فيصير العبيد على تسعة اسهم ستة اسهم للورثة وثلاثة اسهم للعبيد
فان مات احدهم قبل السعاية صار متلفا لما عليه من السعاية فستو ٤
لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة اسهم ونصيب العبدين سهمان
فيكون ثمانية اسهم فيجعل كل عبد على اربعة اسهم فيعتق من كل واحد العبد
ويسعى في ثلاثة ارباع قيمته فيجعل للورثة ستة اسهم وللعبدين سهمان
والميت قد استوفى بينهما فاستقام الثلث والثلثان فان مات اثنان
جمع نصيب الورثة ستة وللحي سهم فيكون سبعة فيعتق من الحي سبعة
ويسعى في ستة اسباع قيمته فيجعل للورثة ستة وللحي سهم والميتان
استوفيا سهمين فحصلت الوصية ثلاثة اسهم والسعاية ستة فاستقام
الثلث والثلثان وهذا كله اذا لم يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق
يسعى كل واحد في قيمته للغرماء واللوصية لان العتق في مرض الموت وصية

ولا

٣٧٣

ولا وصية الا بعد قضاء الدين وان كان الدين غير مستغرق بان كان الفا
وقيمة كل واحد منهما الف يسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ثم
نصف كل واحد منهما فان اجازت الورثة عتق النصف الباقي من
كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق من كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق
من كل واحد ثلث نصف الباقي مجانا وهو السدس ويسعى في ثلثي
النصف وهي الحاصل عتق من كل واحد سدسه ويسعى في خمسة
اسداسه والله اعلم ثم المريض اذا اعتق عبده ولا مال له غيره فامر
العبد في الحال في احكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برا
تبين انه صار حرا من حين اعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب
اذا سعى في قول ابي حنيفة لان الاعتاق يتجزى وعندهما هو حر
وعليه دين لان الاعتاق لا يتجزى عندهما واما الذي هو من التوابع
نحو الملك والشهادة والولاية والارث وغير ذلك لكن هذه ليست
من الاحكام الاصلية للاعتاق بل هي من التوابع والثمرات تثبت في بعض
المواضع دون بعض كالاعتاق المضاف الى الصبي والمجنون وغيرهما ذكرنا في
هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول وجملة الكلام في العتق المجهول
ان جهالة العتق اما ان كانت اصلية واما ان كانت طارئة فان كانت اصلية
وهي ان تكون الصيغة من الابتداء مضافة الى احد المذكورين غير عين فجعل
المضاف اليه بمزاحمة صاحبه اياه في الاسم فصاحبه المزاحم له لا يخلو
اما ان يكون محتملا للاعتاق اولا يكون محتملا له والمحتمل له لا يخلو اما
ان يكون ممن يملك اعتاقه اوممن لا يملك فان كان محتملا للاعتاق اولا
يكون وهو ممن يملك اعتاقه بان يقول لعبديه احدكما حر او يقول هذا
حر وهذا او يقول سالم حر او مرزوق لا ينوي احدهما بعينه فالكلام
في هذا الفصل في موضعين احدهما في بيان كيفية هذا التصرف والثاني
في بيان الاحكام المتعلقة به اما الكيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيما
فيما تقدم واما الاحكام فالاحكام المتعلقة به في الاصل نوعان نوع يتعلق

بد في حال حياة المولي ونوع يتعلق به بعد وفاته اما الاول فنقول ولا قوة
الا بالله ان للمولي ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل ان العتق غير
زائل في احدهما انه لا سبيل الي استخدام الحر من غير رضاه وله ان
يستعملهما ويستكسبهما وتكون الغلة والكسب للمولي وهذا ايضا يدل
على ما قلنا ولو جني عليهما فالجناية لا تخلو اما ان كانت من المولي واما
ان كانت من الاجنبي ولا تخلو اما ان كانت على النفس او على ما دون النفس
فان كانت الجناية من المولي فان كانت على ما دون النفس بان قطع يد
العبدين فلا شيء عليه وهذا ايضا يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما
في حكم المملوكين قبل الاختيار وسواء قطعهما معا او على التعاقب لان
القطع لا يبطل الخيار ولا يكون بيانا بخلاف القتل لما ذكر وان كانت
جناية على النفس بان قتلهما فان قتلهما على التعاقب فالاول عبد
والثاني حر لانه لما اقدم على قتل الاول فقد تعين الثاني للعتق
فاذا قتله فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير
ميراثا للورثة ولا يكون للمولي من ذلك شيء لانه قاتل والقاتل
لا يرث وان قتلهما معا بضربة واحدة فعليه نصف دية على كل واحد
منهما لورثته لان المضمون على المولي احدهما وهو الحر منهما وليس احدهما
بأولى من الاخر فنشأ عن الحرية واحدة فيهما وهذا يوجب القول بنزول
العتق في عين العبد وان كانت الجناية من الاجنبي فان كانت فيما دون
النفس بان قطع انسان يد العبدين فعليه ارش العبد ولكل نصف قيمة
كل واحد منهما ويكون ارشهما للمولي سواء قطعهما معا او على التعاقب
لان القطع لا يبطل خيار المولي وهذا يوجب القول بعدم نزول
العتق اذ لو نزل لكان الواجب ارش عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف
قيمة حر وان كانت في النفس فالقاتل لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كان
اثنين فان كان واحدا فان قتلهما معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد
منهما نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذلك وتكون للمولي وعليه نصف دية

كل

كل واحد منهما نصف دية هذا ونصف دية ذاك وتكون لورثتهما
وهذا دليل على ان العتق ثابت في غير المعين اذ لو لم يكن لكان الواجب
بقتلهما معا قيمة عبدين ومع ذلك لم يجب بل وجب قيمة عبد ودية حر
لان احدهما حر وقد قتل حرا وعبدا والواجب بقتل الحر الدية وبقتل
العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولي وانما انقسم لان كل واحد
منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال لاحتمال انه حر وعبد فينقسم
ذلك على اعتبار الاحوال كما هو اصل اصحابنا وان قتلهما على التعاقب وجب
على القاتل قيمة الاول للمولي ودية الثاني للورثة لان قتل الاول يوجب
تعين الثاني للعتق فيتعين الاول للملك فقد قتل حرا وعبدا خطأ
وان كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلا فان وقع قتل كل
واحد منهما معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها
للمولي وايجاب قيمتين دون قيمة ودية على قول من يقول بنزول العتق
فانما تجب الدية لان من تجب الدية عليه منهما مجهول اذ لا يعلم من الذي
تجب عليه منهما فلا يمكن ايجاب الدية مع الشك والقيمة متيقنة فتجب
بخلاف ما اذا كان القاتل واحدا الان هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه
انما الجهالة فيمن له واما انقسام القيمتين فلان المستحق لاحد البدلين
هو المولي والمستحق للبدل الاخر هو الوارث وكل واحد منهما يستحق
في حال ولا يستحق في حال فوجوب القيمتين حجة احد القولين وانقسامها
حجة القول الاخر وان وقع قتل كل واحد منهما على التعاقب فعلى قاتل الاول
القيمة للمولي وعلى قاتل الثاني الدية للورثة لان احدهما قتل عبدا والاخر
قتل حرا لان قتل الاول اوجب تعيين الثاني للحرية والاول للرق ولو كان
المملوكان امتين فولدت كل واحدة منهما ولدا ولم يكن اما على قول التعجيز
فظاهر لان العتق كان ثابتا لا في غير المعين منهما والبيان تعيين لمن يوقع
عليه فتعتق المعينة وعتق ولدها تبعا لها واما على قول التعليق فلان
العتق ان لم يتنزل فقد انعقد سبب النزول في احدهما فينسري الى ولدها

كالاستيلاد والكتابة ولو مات الامتان معا قبل الاختيار وقد ولدت كل
واحدة منهما ولدا اختار المولى فيختار عتق اي الولدين شاء لانهما لما ماتا
معا لم تتعين احديهما للحرية فحدث الولدان على وصف الام فيخير المولى
فيهما كما كان يخير في الامتين فان مات احد الولدين قبل الاختيار مع بقاء الامتين
لم يلتفت الى ذلك ويخير المولى لانه لم يتعلق بموته تعيين اذ الحرية انما تتعين
فيه بتعيينهما في احد وحكم التعيين في الام قايم لان تعينهما ممكن فيخير المولى
فايهما اختار عتقها فعتقت لبقاء ولدها ولو قتل الامتين رجل معا خير
المولى في الولدين لما قلنا في الموت وايهما اختار عتقه يعتق لا يرث من
ارش امه شيئا لانه انما عتق باختيار العتق فيه وذلك مانع عن الموت
فلا يرث شيئا بل يكون الكل للمولى وهذا نص مذهب التعليق لان العتق
لو كان قارنا لاحدهما لحد وعينا على وصف الام لكان الاختيار يقينيا
لمن وقع عليه فكان عتقه متعلقا بموت الام فينبغي ان يرث والله اعلم
ولو وطيء الامتان يشبهة قبل اختيار المولى يجب عقران ويكون
للمولى كالارش وهذا يؤيد قول التعليق اذ لو كان تنجيزا لكان الواجب
عقر حرة وامة ولكان نصف ذلك للامتين والنصف للمولى ولما ذكرنا
ان كسبهما يكون له كالارش والعقر اولى ولو باعهما صفقة واحدة
كان البيع فاسدا اما على قول التنجيز وظاهر لان العتق اذا نزل في غير
المعين منهما صار جامعا بين الحر والعبد في البيع من غير بيان حصة
كل واحد منهما وانه غير جايز بالاجماع واما على قول التعليق فلان حق
الحرية قد ثبت وهو العتق وسبب الحرية لاحدهما فيمنع جواز البيع
كما لو جمع بين قن ومدبر في البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما في الثمن
ولو انه باعهما صفقة واحدة وسلمهما الى المشتري فاعتقهما المشتري
فقال للبايع اختر العتق في احدهما فايهما اختار عتقه عتق الاخر على
المشتري لان المشتري لما قبضهما بعقد فاسد فقد ملك احدهما ونفذ
اعتاقه فيه فاذا عين البايع احدهما للعتق تعين الاخر للملك الفاسد فينفذ

فيه

فيه اعتاق المشتري وانما يبدي تنجيز البايع لان التمليك منه حصل في مجهول
فما لم يتعين احدهما للحرية لا يتعين الاخر للملك الفاسد فان مات البايع
قبل البيان قامت الورثة مقامه ويقال لهم بينوا فان بينوا في احدهما
عتق الاخر على المشتري ولا يقال ينبغي ان ينقسم العتق بموت المولى كما
اذا مات قبل البيع لان شرط الانقسام ان لا يزول الملك عن احدهما لاستحالة
انقسام الحرية على الحر والملك قد زال عن احدهما فتعذر الانقسام وبقي
الخيار فقام الوارث مقام المورث فان قيل الخيار عندكم لا يورث فكيف
ورثتم هذا الخيار وهذا منكم تناقض قلنا الجواب ان هذا الخيار لا يورث
عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لانه بطريق الارث لانهم لم يستحقوا قيمة
احد العبدين فكان لهم التعيين كما كان للبايع وهذا كما قالوا فيمن باع
احد عبديه على انه بالخيار وقبضهما المشتري فمات في يده فمات البايع
ان لورثة البايع الخيار ابتداء لا بطريق الارث كذا هذا فان لم يعتق
المشتري حتى مات البايع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضي
البيع فاذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وانما كان
كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وعدم زوال الملك عن احدهما
والملك قد زال عن احد العبدين فتعذر التقويم والتوزيع الا ان البيع الفاسد
واجب الفسخ حقا للشرع فيما الفساد وفسخه بفعل القاضي او بتراضي
العاقدين فاذا فسخ عاد الى ملك البايع وشاع العتق فيهما وعتق من
كل واحد منهما نصفه ولو وهبهما قبل الاختيار او تصدق بهما او تزوج
عليهما بغير فيختار العتق في ايهما شاء وتجوز الهبة والصدقة والاسمار
في الاخر لان حرية احدهما اوجب الحرية وهو انعقاد سبب الحرية في احدهما
على احتمال ان الكيفيتين لا يوجب بطلان هذه التصرفات الا ترى انه لو
جمع في الهبة او في الصدقة او في النكاح بين حر وعبد يصح في العبد
وكذا لو جمع بين قن ومدبر يصح في القن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد
في البيع انما يوجب فساد البيع لانه اذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع في

كل واحد منهما شرطا لصحة قبوله في الاخر وانه شرط فاسد وهذه التصرفات
لا تبطلها الشروط الفاسدة فان قبل اذا اقبضهما الموهوب له او المتصدق
عليه او المرأة فقد زال الملك عن احدهما فكيف يجبر المولى فالجواب انا لا نقول
بزوال الملك من احدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الا
ختيار فاذا تعين احدهما للعتق باختياره العتق فيه زوال الملك عن
احدهما وان مات المولى قبل ان يعين العتق في احدهما بطلت الهبة والعتق
فيهما وبطل اختيارهما لانه لما مات فقد شاع العتق بينهما لوجود شرط
الشياع فيعتق من كل واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل
التملك من الغير ولو اسرهما اهل الحرب كان للمولى ان يختار عتق احدهما
ولا يكون الاخر لاهل الحرب لان اهل الحرب لم يملكوهما بالاسر لان احدهما
حر وحق الحرية للاخر ثابت وكذلك يمنع من التملك فالاسر ولهذا
لا يملكون المكاتب والمدبر بالاسر كما لا يملكون الحر واذا لم يملكا بالاسر بقيا
على ملك المولى وله خيار العتق فاذا اختار احدهما بقي الاخر عبدا يملكه
اهل الحرب فان لم يخير المولى حتى مات بطل ملك اهل الحرب بينهما
لانه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد منهما نصفه
فتعذر التملك ولو اسر اهل الحرب احدهما لم يملكوه لان احدهما حر او ثبت
له حق الحرية وكذلك يمنع من التملك بخلاف ما اذا باع احدهما لان بيعه
اياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصح ولو اشتراهما من
اهل الحرب تاجر فللمولى ان يختار عتق ايهما شاء ويأخذ الاخر بحصته
من الثمن لان الخيار كان ثابتا للمولى قبل البيع فاذا باعه فقد ثبت للمشتري
ما كان ثابتا لهم قبل خيار المولى فاذا اختار عتق احدهما صح ملك اهل الحرب
والمشتري منهم في الاخر فيأخذه بحصته من الثمن فان اشتري احدهما
فاختار المولى عتقه وعتق وبطل الشراء لما ذكرنا ان ولاية الاختيار قائمة
للمولى فان اخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن عتق الاخر لانه اخذه
اياه اعادة له الى قديم ملكه فتتعين الاخر كأنه اعتقه ولو قال في صحته

لعبديه

٣٧٦

لعبديه احدكما حر ثم مرض مرض الموت فاختار عتق احدهما لم يعتق من
جميع المال وان كانت قيمته اكثر من الثلث بان كانت قيمة احدهما الفا
وقيمة الاخر الفين فبين العتق في الذي قيمته الفان وهذا يدل على ان
اضافة العتق الى المجهول ايقاع وتخييرا ذلو كان تعليقا واقتصر العتق
على حالة المرض ينبغي ان يعتبر من الثلث كما لو انشأ العتق في المرض
وانه الموفق وللعبدين حق مخاصمة المولى قبلهما ان يرفعانه الى
القاضي ويستعديا عليه واذا استعديا عليه اعداهما القاضي وامره
بالبيان اعني اختيار احدهما وجبره عليه بالحبس لو امتنع اما على
مذهب التخيير فلان العتق ثابت في احدهما غير عين فكل واحد منهما
يجوز ان يكون هو الحر والحرية حق فلهما حق واما على مذهب التعليق
فلان الحرية انما تثبت في احدهما فقد ثبت حق الحرية اعني انعقاد سبب
ثبوت الحرية اصلا وهذا حقه اوله فيه حق والبيان طريق استيفاء هذا
الحق فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وانما كان
البيان الى المولى لان الاجمال منه فكان البيان اليه كما في بيان المجمل والمشترك
في النصوص وكل امر شيء مجهول او باع قفيزا من صبرة كان البيان اليه
كذا هذا ثم البيان انواع ثلاثة نص ودلالة وضرورة اما النص فنحو ان يقول
المولى لاحدهما عنيتك او نويتك او اردتك بذلك اللفظ الذي ذكرت
او اخترت ان يكون حرا بالفظ الذي قلت او انت حر بذلك اللفظ او بذلك
الاعتاق او اعتقتك بالعتق السابق وعبيده له من الالفاظ فلو اراد به عتقا
مستانفا عتقا جميعا هذا اذا لا عتاق المستانف يعود ذلك باللفظ السابق لان
انشاء العتق في احدهما قبل الاختيار اختيار العتق في الاخر دلالة
قال عنيتك بذا الذي لذمني لقولي احدكما حر يصدق في القضاء ويحمل قوله
اعتقتك على اختيار العتق اي اخترت عتقك واما الدلالة فهي ان يخرج المولى
احدهما عن ملكه بالبيع او بالهبة او بالصدقة او بانشاء العتق او برهن
احدهما او بوأجر احدهما او بكاتب او يدبر او يستولد ان كان امة لان الاصل

ان من خير بين امرين فعمل ما يستدل به على اختيار احدهما يجعل ذلك
اختيارا منه دلالة ولا يقوم ذلك مقام النص كما لو قال اخترت والاصل فيه
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ان ولجك زوجك
فلا خيار لك لما ان تمكينها زوجها من الوطء دليل اختيارها زوجها
لانفسها فصار هذا اصلا في الباب وهذه التصرفات كلها في احدهما دليل
اختيار العتق لان منها ما ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه
وهي التصرفات المزيلة للملك ومنها ما لا ينافي اختيار العتق المبهم
في المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والاجارة
والكتابة والتدبير والاستيلاد والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها
عن الانتقاض والبطلان فكان اقدامه على كلا النوعين من التصرفات
في احدهما دليلا على اختياره العتق المبهم في الاخر واختياره العتق
المبهم في احدهما عينا شرط نزول العتق فيه بالكلام والسابق وهذا
التخريج على قول من يقول ان العتق غير نازل في العين فيهما فاما على
قول من يقول بنزول العتق في احدهما غير عين فهو ان في هذه التصرفات
لا صحة لها دون الملك والاقدام عليها يكون اختيار الملك في المتصرف
فيه فيتعين الاخر للعتق ضرورة من اختيار المولى نصا او دلالة
كما اذا مات احدهما قبل الاختيار او قتل وسواء كان البيع باتا او فيه
خيار للبائع او للمشتري اما على مذهب التخيير فلانه لا صحة للبيع
الا بالملك فكان اقدامه على بيع احدهما اختيارا اياه للملك فيتعين
الاخر للعتق ضرورة واما على مذهب التعليق اما خيار المشتري فلا يمنع
زوال البيع عن ملكه بلا خلاف فبقي اختيار العتق المبهم فيه واما
خيار البائع فلان اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار وسواء كان البيع
صحيحا او فاسدا اذا قبض المشتري لانه وقع مزيلا للملك فيتعين الاخر
للعتق دلالة او ضرورة واما اذا لم يقبض فقد ذكر في الاصل اذا باع
احدهما بيعا فاسدا وقبض المشتري عتق البائع ولم يذكر انه اذا لم يقبض

ماذا حكمه وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاملاء اذا وهب احدهما واقبضه
او تصدق واقبض عتق الاخر عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يعتق
ولم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص ان القبض للمشتري
بشرط ويبقى العتق في الاخر سواء قبض المشتري او لم يقبض
وهكذا ذكر الكرخي وقال قد ظهر القول ممن اصحابنا انه
اذا ساوم باحد العبدين وقع العتق في الاخر وهكذا روي
بن سماعة عن ابي يوسف انه لو اوصى باحدهما او ساوم
عتق الاخر ومعلوم ان المساومة دون البيع فاسد الفاسد
فالسوم لما كان بيانا فالبيع اولى وبه تبين ان ذكر القبض في
الاصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقا او استظهارا اذ مع
العتق من التصرفات المزيلة للملك ولو علق عتق احدهما بان
قال ان دخلت فانت حر عتق الاخر اما على مذهب التخيير فلان التعليق
مما سوى الملك وسببه لا يصح الا في الملك فكان الاقدام على تعليق عتقه
اختيارا للملك فيتعين الاخر للعتق ضرورة كما لو جز العتق في احدهما واما
على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط
فصار كما لو دبر احدهما وذكر بن سماعة عن محمد رحمه الله انه اذا قال لاحدهما
ان دخلت الدار فانت حر فقال احدكما حر دخل الذي علق عتقه بدخول
الدار حتى عتق عتق الاخر لان ملك الولي زال عن احدهما بسبب من جهته
فصار كما لو اعتقه ابتداء او باعه ولو كان المملوكان امتين فوطئ الولي احدهما
فان علقت منه عتقت الاخرى بالاجماع لانها صارت ام ولد له وقد ذكرنا
ان الاستيلاد يكون تعيينا للعتق في الاخرى وان لم يلحق لا تعتق الاخرى
في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تعتق وروي بن سماعة عن ابي
يوسف انه قال وكذلك اذا قبل احدهما بشهوة او لمس بشهوة او نظر
الى فرجها عن شهوة ولو استخدم احدهما لا تعتق الاخرى في قولهم جميعا
لان الاستخدام تصرف لا يختص بالملك وقد تستخدم للخدمة وجه قولهما ان

الظاهر من حال العاقل المتدين الاقدام على التصرف الحلال دون الحرام
وحل الوطي لا يثبت الا باحد نوعي الملك ولم يوجد ملك النكاح فيتعين ملك
اليمين للحل واذا تعينت الموطوءة للملك تعينت الاخرى للعتق
ولان الوطي لو لم يجعل بيانا وهو الجائز ان يقع اختياره على الموطوءة فتبين
انه وطئ حرة فغير نكاح ووطئ الحرة فغير نكاح سفاح فيجعل الوطي بيانا
ضرورة التخرج عن الحرام حالا ومآلا حتى لو قال احدكما مدبرة ثم وطئ احداهما
لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع ولا حاجة
الى التخرج بالبيان ولهذا جعل الوطي بيانا في الطلاق المبهم حتى لو قال
لامرأتيه احداكما طالق ثم وطئ احديهما طلقت الاخرى لذا هاهنا
ولابي حنيفة رحمه الله ان كون الوطي بيانا للعتق في غير الموطوءة
يبتدعي نزول العتق في غير المعين ليكون الوطي تعيينا للمعتقة منهما
والعتق بالكلام السابق غير نازل لما بينا من الدلايل وهكذا القول
في الطلاق المبهم انه غير واقع في غير المعين منهما بل هو معلق بشرط
الاختيار الا ان هناك جعل الوطي دلالة الاختيار ولم يجعل هنا لان الوطي
في باب النكاح مستحق على الزوج شرعا لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف
او تسريح باحسان قبل في التفسير الامساك بالمعروف هو الوطي
والنفقة واذا كان الوطي مستحقا بالنكاح عند اختيار الامساك فاذا
قصد وطي احديهما صار مختارا الامساك فيلزمه ايقاع المستحق شرعا
ضرورة اختيار الامساك فيصير مختارا طلاق الاخرى والوطي
في الامة غير مستحق بحال فلا يكون وطي احد هما اختيارا للعتق
في الاخرى ولو صار مختارا للامساك انما يصير ليقع وطيه حالا
مخرجا عن الحرمة ووطيه اياها جميعا حلال وباختيار احدهما
لا يظهر ان وطي الموطوءة كان حراما لان العتق يثبت حال الاختيار
مقصورا عليها واما الضرورة فتخوان يموت احد العبدين قبل
الاختيار فيعتق الاخر لانه بالموت خرج من ان يكون محلا لاختيار

العتق

العتق المبهم فيتعين الاخر ضرورة من غير تعيين المولى لانصا
ولا دلالة وهذا يدل على ان العتق غير نازل اذ لو كان نازلا لما تعين
الاخر للعتق لان التعيين للضرورة وهي ضرورة عدم المحل
ولا ضرورة من غير تعيين المولى لانصا ولا دلالة وهذا يدل على ان
العتق غير نازل اذ لو كان نازلا لما تعين الاخر للعتق لان التعيين
للضرورة وهي ضرورة عدم المحل ولا ضرورة لان الميت يصلح
محلا للبيان اذ البيان تعيين لمن وقع عليه العتق والايجاب
السابق وقت وجوده وكان حيا في ذلك الوقت وهذا بخلاف ما لو
باع احد عبديه على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام فمات احدهما
ان ملك المشتري بالخيار ثلاثة ايام يتعين بالموت منهما ولا
يتعين به للحي لان هناك وجد المسقط للخيار في الميت قبل
الموت وهو حدوث العيب فيه او الموت لا يخلوا عن مقدمة موت
عادة بخلاف العيب فيه يبطل خيار المشتري فيه فيتعين الحي
للرد وها هنا حدوث العيب في احدهما لا يوجب تعيينه للملك
قبل الموت فيتعين بالموت فيتعين الاخر للعتق ضرورة وبخلاف
ما اذا قال احد هذين ابني او احدهما بنت ام ولدي فمات احدهما
لم يتعين الاخر للحرية والاستيلاد وكذا روي بن سماعة عن
محمد رحمه الله لان قوله احد هذين ابني او احدهما بنت ام ولدي
ليس بانشاء قبل بل هو اخبار عن امر سابق والاخبار يصح
في الحي والميت فيقف على بيانه وقوله احدكما حر او احد هذين
حر انشاء الحرية في احدهما الانشاء لا يصح الا في الحي فاذا مات
احدهما تعين الاخر وكذلك اذا قتل احدهما لما قلنا سواء قتله المولى
او اجنبي لما قلنا غير ان القتل ان كان من المولى فلا شيء عليه وان كان
من الاجنبي فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق
المقتول لا يرتفع العتق عن الحي ولكن قيمة المقتول تكون لورثة المقتول

عبد واحد ولو قال احدكم حر احدكم حر لم يعتق الا واحد لان
احدهم عتق بالفظ الاول ثم بالفظ الثاني جمع بين حر وعبد
وقال احدكم حر لا يصح ثم بالفظ الثالث جمع بين عبد وحر بين
فلم يصح ذلك ايضا لانه حمل على الاخبار وهو صادق فيما اخبر ولو
قال لعبده انت حر او مدبر يوما ببيان فان قال عنيت به الحرية
عتق وان قال عنيت به التدبير صار مدبرا وهذا ظاهر فان مات
قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات و
نصفه بالتدبير لتعذر تشطير لشيوع العتقين فيه الا ان نصفه يعتق
مجانا من جميع المال لانه يعتق بالاعتاق البات في حال الصحة و
نصفه يعتق من الثلث لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير
يعتق من طريق الوصية فيعتبر من الثلث سواء كان التدبير في المرض
او في الصحة ان خرج من الثلث عتق كل النصف وان لم يكن له مال
غيره عتق ثلث النصف مجانا لان هذا القدر لم يتعلق به حق الورثة
ويسعى في ثلثي النصف وهو ثلث الكل ولو كان عبدين فقال احدكما
حر او مدبر يوما ببيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما
والقول في الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا ان الربع
من كل واحد منهما يعتق مجانا من جميع المال لحصوله بالاعتاق
البات في حال الصحة والربع يعتق من الثلث لحصوله بالتدبير
ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته على كل حال ولو قال انما
حران او مدبران عتق نصف كل واحد منهما بالاعتاق البات ونصف
كل واحد منهما بالتدبير هذا كله اذا كان القول في الصحة فان كان في
المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان لرجل ثلاثة اعبد فقال هذا حر
وهذا او هذا عتق الثالث ويؤمر بالبيان في الاولين ولو قال هذا حر
وهذا او هذا عتق الاول ويؤمر بالبيان في الاخرين وكذلك هذا في الطلاق
ووجه الفرق ان كلمة او في الفصل الاول دخلت بين الاول والثاني

لان المولى قد اقر بحريته فلا يسترق شيئا من قيمته فان قطعت يد احدهما
لا يعتق الاحر سواء كان القطع من المولى او من اجنبي لان القطع لا
يتطرق خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل فانه قطع اجنبي
يد احدهما ثم بين المولى العتق فان بينه في غير المجني عليه فا
لارش للمولى بلا شك وان بينه في المجني عليه ذكر القدوري
في شرحه ان الارش للمولى ايضا ولا شيء للمجني عليه من الارش
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان الارش يكون للمجني
عليه وهكذا ذكر القاضي فيما اذا قطع المولى ثم بين العتق ان
بينه في المجني عليه يجب عليه ارش الاحرار ويكون للعبد وعلى
ما اذا اقر على نفسه انه جنى على حر وان بينه في غير المجني عليه
فلا شيء على المولى ولم يذكر القدوري هذا الفصل انما ذكر فصل
الاجنبي وما ذكره القاضي قياس مذهب التخيير لان البيان يكون
تعيينا لمن وقع عليه العتق فيتبين اذ كان حرا وقت ورود الجناية
عليه فوجب الارش الاخر او على المولى للعبد وما ذكره القدوري
في قياس مذهب التعليق لان العتق يثبت وقت الاختيار مقصورا
عليه فلا يظهر ان الجناية صادفت الاخر والله اعلم ولو قال لعبدي
حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه تعيين للايجاب ولو قال احد
عبدي او احد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظ
احد لا يقتضي احادا الا ترى ان الله تعالى موصوف بانه احد وقال
تعالى قل هو الله احد ولا مثل له ولا شريك ولا احد غيره في الازل
وروى بشر عن ابي يوسف فيمن كان له ثلاثة اعبد فقال احد
عبيدي حر احد عبيدي حر قال ذلك ثلاثا عتقوا لان احدهم عتق
بالفظ الاول لانه احد عبيده وعتق الاخر بالفظ الثاني لمد اللفظ
وقد بقي له عبدان تعتق احدهما وعتق الثالث بالفظ الثالث
وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتدا احد عبيدي حر وليس له الا

فاوجبت حريته احدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر منهما
فصار كانه قال احدكما حر وفي الفصل الثاني اوجب الحرية للاول عينا
ثم ادخل كلمة او في الثاني والثالث فاوجب حرية احدهما غير عين
فعتق الاول ولو مر بالبيان في الثاني والثالث وهذا بخلاف ما اذا
قال ان كلمت هذا وهذا فعبدي حر انه ان كلم الاول وحده حنث
وان كلم الثاني او الثالث وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعا ولو قال
ان كلمت هذا او هذا فعبدي حر فان كلم الثالث وحده حنث وان كلم الاول
او الثاني وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعا لان في الفصل الاول
جعل شرط الحنث كلام الاول وحده او كلام الثاني والثالث جميعا
واما في الفصل الثاني جعل شرط الحنث كلام الاول والثاني جميعا
او كلام الثالث وحده لانه عطف الثاني على الاول بحرف العطف
وادخل كلمة او بين الاول والثاني جميعا والثالث وحده والله
الموفق ولو اختلط عبد بحر كرجل له عبد فاختلط الكبر وكل واحد
منهما يقول انا حر والمولى يقول احدكما عبدي فان لكل واحد منهما
ان يحلفه بالله ما يعلم انه حر فان حلف لاحدهما ونكل للاخر فالذي
نكل له حر دون الاخر وان نكل لهما منهما حران وان حلف لهما عتق
احتاط الامر فاقتضى ان يقضي بالاختلاط ويعتق من كل واحد منهما
نصفه لغير سيه ونصفه بنصف القيمة وكذلك لو كانوا ثلاثة
يعتق من كل واحد منهم ثلاثة وبسبع في ثلثي قيمته كذا ذكره
الكرخي وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل
اعتق احد عبديه بعينه فان بين فهو على ما بين وان لم يبين
وقال لا ادري ايهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد
منهما نصفه مجانا ونصفه بنصف القيمة كذا هنا واما النوع
الثاني وهو ما يتعلق به بعد موت المولى فهو ان المولى اذا قال لعبديه
احدكما حر لا ينوي احدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار ويعتق من كل

واحد

واحد منهما نصفه لانه وقع اليأس عن البيان والاختيار اذ لا يمكنه ذلك
بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع
العتق فيهما اذ لليس احدهما باولى من الاخر فيعتق من كل واحد
منهما نصفه مجانا ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وفصل
الشيوع دليل نزول العتق اذ الثالث يشيع والموت ليس باعتاق علم
ان الكلام السابق وقع تنجيزا في احدهما ثم فرق بين هذا الخيار وبين
خيار التضمين في باب البيع ان الوارث هناك يقوم مقام الموروث في البيان
وها هنا لا وجه الفرق ان هناك ملك المشتري احد العبدين مجهولا اذ
كل واحد منهما محل للتملك فاذا مات فالوارث يرث حقه عبدا مجهولا
حتى جرى الارث تثبت ولاية التعيين اما هنا فاحدهما حرا واستحقت
الحرية وذلك يمنع جريان الارث في احدهما فيمنع ولاية التعيين هذا
اذا كان المراجر له محتملا للعتق وهو من ينفذ اعتاقه فيه فاما اذا كان
هو ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بان جمع بين عبده وعبد غيره فقال احدكما
حر لا نية عبده الا بالنية لان قوله احدكما يحتمل كل منهما لان عبد
الغير قابل للعتق في نفسه ومحتمل لعفو الاعتاق فيه في الجملة فلا
ينصرف الى عبد نفسه الا بالنية وان كلم المراجر ممن لا يحتمل العتق
واما اذا جمع بين عبده وبين بهيمة او حايط او حجر فقال احدكما
حر او قال عبد حر او هذا فان عبده يعتق في قول ابي حنيفة لنوي
اولم ينو وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق الا بالنية وكذا اذا جمع بين
عبده وبين ميت وقد ذكرنا الكلام في هذه الجملة في كتاب الطلاق
وعلى هذا اذا جمع بين عبده وبين ميت وقد ذكرنا الكلام في هذه
الجملة في كتاب الطلاق وعلى هذا اذا جمع بين عبده وبين حر انه لا يعتق
عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر فيحمل على الاخبار وهو صادق
في اخباره مجانا في الحمل عليه تصحيح تصرفه وانه اصل عند الامكان
فيحمل عليه الا اذا نوى فيحمل على الانشاء بقرينة النية والحر لا يحتمل

انشا الحرية فينصرف الى العبد والجمع بين عبده ومدبره فقال احدكما حر
غير عبده مدبرا الاباثنية ويحمل على الاخبار كما في الجمع بين الحر والعبد
والجمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبران صار احد عبديه
مدبرا ويؤمر بالبيان لان قوله اثنان منكم تصرف احدهما الى المدبر فيكون
اخبارا عن تدبيره اذ الصيغة للخبر في الوضع وهو صادق في هذا الاخبار
والا احد تصرف الى احد العبدين ويكون انشا التدبير في احدهما اذ لا
يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذبا فيحمل على الانشا كانه قال للمدبر هذا
مدبر واحد العبدين مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداء للعبدين
احدكما مدبر فان مات المولى قبل البيان انقسم تدبير وقته بين العبدين
نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث ويعتق نصف كل واحد من
العبدين من الثلث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث
سواء كان في المرض او في الصحة وهذا كما لو جمع بين عبدين وحر فقال
اثنان منكم حران الا يصرف احدهما الى الاخبار عن حرية احدهم
والاخر الى انشا الحرية في احد العبدين لا غير كانه قال للحر هذا احد واحد
العبدين حر فيؤمر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما
نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة اعبد دخل عليه
اثنان فقال احدكما حر ثم خرج احدهما ودخل الاخر فقال احدكما
حر فالكلام في هذه المسئلة في الاصل يقع في موضعين احدهما يتعلق بحال
الموت اما الاول فاذا لم المولى حيا يؤمر بالبيان ثم ان بدا بالبيان للاجنبي
الاول وتبين ان الايجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع صحيحا
لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لمن الايجاب وان عنى بالايجاب
الاول الثابت بالايجاب الاول تبين ان الايجاب الثاني وقع
لحصوله بين حر وعبد في جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه قال الكلام الثاني ينصرف الى الداخل وهذا غير سديد لان على
هذا قوله اذا جمع بين حر وعبد فقال احدكما حر ينبغي ان ينصرف الى

العبد

العبد وليس كذلك بالاجماع وان بدا بالبيان للايجاب الثاني فان عنى
بالداخل عتق الداخل بالايجاب الثاني وبقي الايجاب الاول هو الخارج و
الثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان وان عنى بالثابت عتق الثابت بالايجاب
الثاني وعتق الخارج بالايجاب الاول لتعيينه للعتق باعتاق الثابت واما
الذمي يتعلق بما بعد الموت فيما هنا حالان حال ما بعد موت احد العبدين
وحال ما بعد موت المولى اما بعد موت العبد فان مات الخارج عتق الثابت بالا
يجاب الاول وتبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا وان مات الثابت عتق
الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت قد اعيد عليه
الايجاب فعتقه يوجب تعين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر
المولى بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول
والثابت بالايجاب الثاني فان عنى به الثابت تبين ان الايجاب الثاني وقع
باطلا واما موت المولى قبل البيان فان كان المولى حين مات في الصحة يعتق من
الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة ارباعه بلا خلاف بين اصحابنا واختلفوا
في الداخل قال ابو حنيفة وابو يوسف يعتق من الداخل نصفه وقال محمد
ربعه اما مسئلة الوفاق فلان المولى ان كان عنى بالايجاب الاول للخارج عتق
كله ولم يعتق به الثابت واذا كان عنى به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به
الخارج فكل واحد منهما يعتق في حال ولا يعتق في حال فينتصف فيعتق
من كل واحد منهما نصفه بالايجاب الثاني يعتق نصفه الثاني في حال
ولا يعتق في حال فينتصف ذلك النصف فيعتق ربعه بالايجاب الثاني يقع
في حال ولا يصح في حال لانه ان كان المولى عنى بالايجاب الاول للخارج
يصح الايجاب الثاني لان الثابت بقي رقيقا فيقع الايجاب للثاني جميعا بين
العبدين فيصح وان كان عنى به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر والعبد
فبطلوا فيصح الايجاب الثاني في حال ولم يصح في حال فلا يثبت الا نصف
حرية فتنقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع ولهما
ان الايجاب الثاني يدور بين الصحة والبطلان اذ انزل العتق بالايجاب

الاول في غير العين منهما ولم يتزل لما ذكرنا من الدلايل فيما تقدم فكان الايجاب
الثاني صحيحا في الحالين جميعا فلما مات المولي قبل البيان اصاب الداخل
وان كان عيني به الداخل عتق كله ولا يعتق شيء من النصف الباقي من
الثابت لكل واحد منهما يثبت في حال ولا يثبت في حال فيتنصف
فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه والدليل على ان ما ذكره محمد
رحمه الله غير سديد ان الايجاب الثاني لو كان يتردد بين الصحة لبطل
اصلا وراسا لان من جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر يبطل اصلا وراسا
ومحمد رحمه الله اعتبر الايجاب الثاني حيث قال يثبت نصف الحرية
بين الثابت والداخل هذا اذا كان القول منه في الصحة فان كان في المرض
فان كان له مال لخرجوا من الثلث اولا يخرجون لكن اجازة الورثة
فكذلك الجواب وان لم يكن له مال سوي هولا ولم تجز الورثة يقسم الثلث
بينهم على قدر وصيتهم لان الاعتاق في مرض الموت وصية والوصية تفاوتها
من الثلث فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف
الرقبة وصية الثابت ثلاثة ارباع الرقبة ووصية الداخل نصف الرقبة
على اصلهما فيجب كل رقبة على اربعة اسهم جعلنا الى ثلاثة الارباع فالخارج
يضرب بنصف الرقبة على اصلهما فيجعل كل رقبة على اربعة اسهم جعلنا الى ثلاثة
الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة
ارباع الرقبة وذلك ثلاثة اسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان
فتجمع وصاياهم فتصير سبعة اسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك
سبعة اسهم فيكون ثلثا المال اربعة عشر سهما ضرورة فيكون جميع المال
احد وعشرين فصار كل عبد سبعة اسهم لان ماله ثلاثة اعبد وقد صار ماله
كله احد وعشرين سهما فيخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فالخارج
يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى في خمسة اسهم كالخارج واذا صار سهام
الوصايا سبعة تصير سهام الورثة اربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث
والثلثان [illegible] التخريج على قولهما واما على قول محمد فالخارج يضرب بسهمين

والثابت

والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة اسهم فصار ثلث المال ستة اسهم
فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثنى عشر فيصير جميع المال ثمانية عشر فصار
كل عبد ستة اسهم يخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فيعتق من
الخارج سهمان ويسعى في اربعة اسهم ويعتق من الثابت ثلاثة اسهم و
يسعى في ثلاثة ويعتق من الداخل سهم ويسعى في خمسة اسهم فصار
للورثة اثنى عشر ولاصحاب الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان
والله الموفق واما الجهالة الطارئة بان اضاف صيغة الاعتاق الى احدهما
لا بعينه ثم نسيه فالكلام في هذا الفصل ايضا في موضعين احدهما في
كيفية هذا التصرف والثاني في الاحكام المتعلقة به اما الاول فالخلاف
في ان احدهما حر قبل البيان لان الصيغة اضيفت الى معين والمعين محل
لنزول العتق فيه فكان البيان في هذا النوع اظهارا وتعيينا لمن نزل
فيه العتق واما الثاني فالاحكام المتعلقة به ضربان ايضا ضرب يتعلق
به في حال حياة المولي وضرب يتعلق به بعد موته اما الاول فنقول
اذا اعتق احدي جاريتيه بعينها ثم نسيها او اعتق احدي جاريتيه
المشترة بعينها ثم نسي للعيب فانه يمنع من وطيهن واستخدامهن لان
واحدة منهن حرة بعينها وكل واحدة تحتمل ان تكون هي الحرة ووطي
الحرة من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحر فيمنع
من ذلك صيانة له عن الحرام والاصل في هذا الباب ما روينا من حديث
وابصة بن معبد رضي الله عنه وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا ان لكل ملك حمي وان حمي الله محارمه فمن حام حول الحمي يوشك
ان يقع فيه ولا يجوز ان يطأ واحدة منهن بالتحري لما ذكرنا في كتاب
الطلاق فلو وطي احدهن فحكمه تذكره هنا والحيلة في ان يباح له وطيهن
ان يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بعقد النكاح والرقيقة
بملك اليمين ولو خاصم العبدان المولي الى القاضي وطلبا منه البيان امره
القاضي بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين كذا ذكر الكرخي لان احدهما

حر بيقين والحرية حقهما اوله فيهما حق ولكل صاحب حق ان يطلب
حقه فاذا امتنع من الايفاء يجبر عليه ولو ادعى كل واحد منهما انه هو
الحر ولا بينة له وحجد المولى فطلبا يمينه استحلفه القاضي لكل واحد
منهما لان الاستحلاف لغاية النكول والنكول بذل اواقرار والعتق يحتمل
كل ذلك فان نكل لهما عتقا لانه بذل لهما الحرية اواقر بها لهما وان حلف
لم يؤمر بالبيان لان احدهما حر بيقين وحرية لا ترتفع باليمين
وماذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الطلاق يكون
ذلك رواية في العتاق وهو انهما اذا استحلفا فحلف المولى للاول لم يعتق
الذي لم يحلف له لانه لما حلف للاول والله ما اعتقه فقد اقر برق الثاني
الآخر للحرية كما اذا قال ابتدا لاحدهما عبدي هذا عبد وان لم يحلف له عتق
لانه بذل له الحرية اواقر وان نشأ حاف اليمين حلفه لهما جميعا وبالله
ما اعتق واحدا منهما فان حلف لهما وكانا امتين حجب عنهما حتى
تبين لما ذكرنا ان لحرمة احديهما لا ترتفع بالحلف وذكر القاضي في شرح
مختصر الطحاوي ان المولى لا يجبر على البيان في الجهالة الطارئة اذا لم يتذكر
لما فيه من استرقاق الحر عمدي لان احدهما حر بيقين بخلاف الجهالة
الاصلية لان تمة الحرية غير نازلة في المحل في اصح القولين فلم يكن في البيان
استرقاق الحر ثم البيان في هذه الجهالة نوعان نص ودلالة اوضرورة
اما النص فهو ان يقول المولى لاحدهما عنيت هذا الذي كنت اعتقته وتسمية
واما الدلالة او الضرورة فهو ان يقول او يفعل ما يدل على البيان بحيث
يتصرف في احدهما تصرفا لا يصح له بدون الملك من البيع والهبة و
الصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن والكتابة والتدبير
والاستيلاد اذا كانا جاريتين لان هذه التصرفات لا تصح لهما الا في الملك
فكان اقوى دليل اختيار للملك في المتصرف فيه وتعيين الآخر للعتق
وكذا اذا كانا امتين فوطي احديهما اعتقت الاخرى بلا خلاف لان احديهما
حرة بيقين فكان وطي احديهما تعيينا لها للرق والاخرى للعتق او تعيين

الاخرى

الاخرى للعتق ضرورة اتقاء المزاحمة الجهالة الاصلية على اصل ابي حنيفة
لان العتق غير نازل لاحديهما فكانت كل واحدة منهما حلالا للوطي وان كانا عشرا
فوطي احديهن تعيين الموطوءة للرق وتعيين الباقيات لكون المعتقة
فيهن دلالة او ضرورة فيتعين البيان نصا او دلالة وكذا الوطي الثانية
والثالثة الى التاسعة فيتعين الباقية وهي العاشرة للعتق
لان فعله يحمل على الجواز ولا جواز له الا في الملك وكان الاقدام على
وطيهن تعيينا لهن للرق والباقية للعتق او تعيين الباقية ضرورة
والاحسن الاوطا واحدة منهن لاحتمال ان تكون الموطوءة هي الحرة
فلو انه وطي فحكمه ما ذكرنا ولو مات واحدة منهن قبل البيان فلا حق
الاوطا الباقيات قبل البيان لاحتمال ان تكون المعتقة ان تكون المعتقة
فيهن فلو انه وطيهن قبل البيان جاز لان فعل المسلم العدل محمول على
الجواز ما امكن وامكن ها هنا بان يحمل على انه قد يذكر ان المعتقة منهن
هي الميتة لان البيان في هذا النوع من الجهالة اظهار وتعيين لمن ثبت
فيه الحرية من الاصل فلم تكن الحياة شرطا لصحة الاخبار بالبيان فكان
اقدامه على وطيهن تعيينا الميتة للعتق والباقيات للرق دلالة او تعيين
الباقيات للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية اذا مات واحدة منهن
ان الميتة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة في احديهن
وانما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصورا عليه والمحل ليس
بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الرق ولو كانتا امتين فمات
واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لا تتعين للرق
لانعدام دليل يوجب التعيين لتعيين الاخرى للعتق ضرورة توقف
بعينها للعتق على البيان نصا او دلالة اذ الميتة لم تخرج عن كونها محلا
للبيان اذ البيان في هذا النوع اظهار وتعيين بخلاف النوع الاول
في اصح القولين ولو قال المولى هذا مملوك واشار الى احدهما تعين
الآخر للعتق دلالة او ضرورة ولو باعهما جميعا صفقة واحدة كان

البيع فاسدا لانه باع حرا وعبد اصفقة واحدة ولم يبين حصة كل واحد
منهما من الثمن وكذلك لو كان عشرة فباعهم صفقة واحدة ويفسخ البيع
في الكل ولو باعهم على الانفراد جاز البيع في البعض ويتعين العاشر
للعتق كذا ذكره الكرخي لان بيع كل واحد منهم اختيار اياه للرق و
لتعيين المباشر للعتق دلالة او يتعين صرفا عن عدم المزاحم كما في الوطي
عشرة لقول لكل واحد منهم جارية فاعتق واحد منهم جاريته
ولا يعرف للعتق فلكل واحد منهم ان يطأ جاريته وان يتصرف
فيها تصرف الملاك بخلاف ما اذا كانت للحواري لواحد فاعتق
واحدة ثم نسيها انه يمنع عن وطي الكل لان الجهالة لم تقع من احد
الجانبين فلا يقع الشك الا من احد الجانبين اذ المعتق على يقين من
حرية احدهن وكل واحدة يحتمل ان تكون هي الحرة فيمنع من وطيهن
ولو دخل الكل في ملك احدهم صار كان الكل كن في ملكه فاعتق
واحدة منهن ثم جهلها واما الثاني فهو ان المولى اذا مات قبل
البيان تعتق من كل واحدة منهما نصفه محاذاة لغير شيء ونصف
بالقيمة فيسعى كل واحدة منهما في نصف قيمته للورثة لما ذكرنا في
الجهالة الاصلية والله اعلم **فصل** واما بيان ما يظهر به
حكمه فالمظهر له شيآن احدهما الاقرار والثاني البينة اما الاقرار فلا
شك ان اقرار المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لان الظاهر ان
الانسان لا يقر على نفسه كاذبا فيصدق في اقراره على نفسه ولو اقر
بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه لان اقراره على نفسه مقبول ولا
يقبل في حق غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة فاذا
اشتراه فقد زال المانع من تنفيذه في حقه فيعتق عليه واما البينة
فجملة الكلام فيها انه لا خلاف في انها تقبل على عتق المملوك اذا
دعى المملوك العتق وانكر المولى العتق سواء كان المملوك عبدا او جارية
فاما اذا لم يدع وانكر العتق وانكر المولى ايضا فهل تقبل الشهادة على عتقه

من غير دعواه فان كان المملوك جارية تقبل بالاجماع وان كان عبدا لا
تقبل في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تقبل من اصحابنا من
بنا المسئلة على ان عتق العبد حق العبد عند ابي حنيفة والشهادة على
حقوق العباد لا تقبل من غير دعاوى كالاموال وسائر حقوق العباد
وعندهما هو حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله تعالى مقبولة
من غير دعوى احد كالشهادة على اعتاق الاماء وتطليقهن
امرأته والشهادة على اسباب الحدود الخالصة لله تعالى من الزنا و
السكر والسرقة فانه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب اذ لا يظهر
كون الفعل سرقة بدون الدعوى لما يذكر في كتاب السرقة ان شاء الله
تعالى فنتكلم في المسئلة بنا وابتدا اما النبا فوجه قولهما ان في الاعتاق
تحرير الاسترقاق حق الله تعالى قال النبي صلى الله عليه وسلم
ثلاثة انا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة وذكر
من جملتهم ومن باع حرا فاكل ثمنه وكذا يتعلق به اهلية وجوب
حقوق الله تعالى من الكفارات والزكاة والجمع والجماعات فثبت ان
العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القا
عليه كما في عتق الامة وطلاق المراة وكما في الحدود الخالصة وكذا الاحكام
تدل على ان الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد
تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب صبي صغير من رجل وانكر
الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته وهما منكران وكذا التنا
قض في العتق لا يمنع صحة الدعوى بان قال الانسان اشتريت فلانا عبدا
اشتراه ثم ادعى العبد حرية الاصل تسمع دعواه ولو كانت الدعوى
فيه شرطا لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما في سائر الدعاوى
ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق والعتق في عرف اللغة و
الشرع اسم لقوة حكمية تثبت للعبد ويندفع بها يد الاستيلاء
والتملك عنه والقوة حقه اذ هو المنتفع بها مقصودا الا ترى انه هو

الذي يتضرر بانتفائها مقصودا بالاسترقاق وكذا التحرير لاثبات
الحرية والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبئ عن خلوص نفس
العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لانه هو المنتفع به دون غيره
مقصودا وحق الانسان ما ينتفع به دون غيره مقصودا فاذا ثبت
ان العتق حق العبد فالشهادة القائمة على حق العبد لا تقبل من
غير دعواه كسائر الشهادات القائمة على حقوق العباد والجامع بينهما
من وجهين احدهما ان المشهود به اذا كان حقا للعبد كان العبد
مشهودا له فاذا انكر فقد كذب شهوده والمشهود له اذا كذب شهوده
لا تقبل شهادتهم له والثاني ان انكار المشهود له حقه مع حاجته
اليه استيفاء حقه لينتفع به يوجب تهمة في الشهادة لان المشهود به
لو كان ثابتا لتباد را الى الدعوي ولا شهادة للمتهم واما قوله في الاعتاق
تحرير الاسترقاق فنقول الاعتاق لا ينبئ عن ذلك وانما ينبئ عن اثبات
القوة والخلوص على ما بينا وذلك حقه ثم اذا اثبت حقه بالاعتاق وحرم
الاسترقاق فنقول الاعتاق لما فيه من ابطال حقه وهذا لا يدل على ان
حرمة الاسترقاق حق الله تعالى الا ترى ان سائر الحقوق الثابتة للعباد
تحرم ابطالها ولا يدل على حرمة ابطالها حق الله تعالى على انا ان
سلمنا ان في العتق حق الله تعالى فالمقصود حاصل لانه من حيث
انه حق الله تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن
حيث هو حق العبد لا تقبل فدارة الشهادة بين القبول وعدم القبول
فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى
المقذوف وان كان حد القذف حق الله تعالى من وجه وحق العبد
من وجه كذا ها هنا واما الاحكام فانما عتق الامة فتمامه هكذا نقول ان
تلك الشهادة لا تقبل على العتق من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد
وانما تقبل من حيث ان عتق الامة حق الله تعالى على الخلوص من حيث
انه سبب لتحريم الفرج ووسيلة اليه والشيء من حيث انه سبب والتوسل

غير

غير ومن حيث الذات غير كما قلنا في كفر المحارب انه يوجب القتل من حيث
انه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لانهما غيران
كذا ها هنا الا ترى انهما ينفصل احدهما عن الاخر فان العتق قد لا
يكون في طلاق المرأة من غير دعواها وليس للعتق في محل النزاع سببية
تحريم الفرج ولو قيلت لقبلت من حيث ذات العتق ولا وجه اليه
لما بينا فان قيل ما ذكرتم من العذر في فصل الامة والطلاق لا يصح
لان الشهادة على عتق الامة المجوسية والاخت من الرضاع مقبولة حتى
من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفرج لان الحرمة
كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف
الى الملك تقبل من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن تحريم الفرج
قلنا الجواب ان من اصحابنا من منع المسئلتين الاوليتين فقالوا لا تقبل هذه
الشهادة من غير دعوى لانها لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم
من سلم مسئلة المجوسية ومنع مسئلة الاخت من الرضاعة وفرق بينهما
من حيث ان وطي الامة المجوسية مملوك للمولى وانما منع من الاستمتاع
لخبثها كما يمنع من الوطي حالة الحيض ولهذا لو وطيها لا يسقط احصانه
ولعد العتق لو وطيها يسقط احصانه فالشهادة على عتقها تضمنت
تحريم الفرج فقبل من غير دعوى فاما الاخت من الرضاعة فحرام
الوطي حقيقة حتى لو وطيها يسقط احصانه مع قيام ملك اليمين
والمعتبر في الباب تحريم الفرج الا الا ترى ان الشهادة على حرية
الاصل على هذا الاختلاف والشهادة على السبب قط لا تقبل من غير
دعوى وفيما ذكرنا من المسئلة وهي ما اذا كان صغيرا فلا تقبل عند ابي حنيفة
ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير ليدعي السبب بطريق النيابة
سدا لباب نظر الصغير العاجز عن احياء حقه بنفسه والقاضي ناصب
ناظرا للمسلمين فكان ذلك شهادة على خصم واما الاستيلاد فموجب
لتحريم الفرج والدواعي في الجملة لانه يوجب حقيقة الحرية عند الموت

والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح مس المولى وعسله بسبب الحرية
فكان الاستيلاد في الحال سببا للثبوت الحرية فكان سببا لحق الله تعالى
في الحال فقام السبب مقام الحقيقة في حق التحريم احتياطا وهو الجواب
عن الطلاق الرجعي والطلاق المضاف ان الحرمة ثمة تثبت في الجملة
ايضا عند وجود زوال الحل فيقيم السبب قائم مقام المسبب في حق
الحرمة احتياطا والله الموفق واما الابتداء وجه قولهما ان عدالة الشاهد
دلالة صدقه في شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهرا
والقاضي مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغي ان لا تشترط الدعوى
لقبول الشهادة اصلا ولهذا لم يشترط في عتق الامة وطلاق المرأة واسباب
الحدود الا انا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع
فيقتصر على مورد الاجماع وجه قول ابي حنيفة ان خبر من ليس بمعصوم
من الكذب محتمل للكذب ولا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به والاصل
ان لا يجوز القضاء بالاعلم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعا بقوله تعالى
ولا تقف ما ليس لك به علم والله اسم للثابت قطعا وقوله تعالى يا داود
انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن
الثابت والثبوت مع احتمال العدم فكان ينبغي ان لا يجوز القضاء به
اصلا الا ان الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد الى دفع الفساد وهو المنازعة
الجارية بينهما بالدعوى والمنازعة بسبب الفساد اولدفع فساد الزنا
كما في حد الزنا عتق الامة وطلاق المرأة اولدفع فساد السكر في حد
الشرب والسكر فالحق المحتمل بالمتيقن او الكائن بظاهر الصدق
مع الاحتمال لدفع الفساد فيبقى الحكم فيما وراء ذلك على الاصل وعلى
هذا شاهدان شهدا على رجل انه اعتق احد عبديه والعبدان يدعيان
او يدعي احدهما فان شهدا في حال حياة المولى وصحته لا تقبل شهادتهما
في قول ابي حنيفة وعندهما تقبل لان الدعوى شرط قبول الشهادة
على عتق العبد والمدعي مجهول فجهالة المدعي منعت صحة الدعوى

فامتنع

فامتنع قبول الشهادة وعندها الدعوى ليست بشرط فجهالة لا تكون
اقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل الشهادة ويجبر على
البيان وان شهدا بعد وفاته على انه اعتق احدهما في حال صحته فهو
على هذا الخلاف وان شهدا على ذلك وهو مريض فمات او شهدا بعد موته
على انه قال ذلك في المرض لا تقبل بالقياس قول ابي حنيفة وفي الاستحسان
تقبل ولا خلاف في انهما اذا شهدا على الطلاق احدى امرأتيه تقبل
ويجبر فيختار طلاق احدهما وجه القياس قول ابي حنيفة ما ذكرنا ان
الدعوى شرط والمدعي مجهول وجه الاستحسان ان المدعى ها هنا معلوم
لان الاعتاق في مرض الموت وصية والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصى
فكان الميت مشهودا له لوقوع الشهادة له فكان المدعي معلوما فجازت
الشهادة بخلاف حالة الصحة فان الشهادة هناك وقعت لاحد العبدين
فكان المدعي مجهولا فلم تجز الشهادة ولان المولى لما مات فقد شاع العتق
فيهما جميعا فصار كل واحد منهما خصما في حق نفسه فتقبل الشهادة
بخلاف حالة الحياة والصحة وكذلك جواب ابي حنيفة في هذه المسئلة
في الامتين بان شهدا على انه اعتق احدا مبيه انها لا تقبل لان الخصم
اشتراط الدعوى لقبول الشهادة على عتق الامة لكونه سببا لحرمة
الفرج وهو حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند
ابي حنيفة فكان الجواب في العبدين والامتين ها هنا على السواء بخلاف
ما اذا شهدا على انه طلق احدى امرأتيه انها تقبل لانما قامت على سبب
حرمة الفرج والدعوى فيما ليست بشرط ولو شهدا ان احد هذين
الرجلين اعتق عبده فلانا لم تجز شهادتهما لان المدعى عليه مجهول
ولو شهدا انه اعتق عبد الله وسماه فنسباه فالشهادة باطلة لان
الشاهد اذا سمى ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا انه اعتق
عبده سالما ولا نعرف ان سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره
تقبل شهادتهما ولو شهدا على البيع لا تقبل ووجه الفرق ان البيع لا يحتمل

الجهالة اصلا والعتق يحتمل ضربا من الجهالة الا ترى انه لا يجوز
بيع احد العبدين ويجوز اعتاق احد العبدين ولو اختلف الشاهدان
في الشرط الذي علق به العتق لم تجز شهادتهما لان كما شهد العبدين
كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولم يوجد والاصل فيه انه اذا
اختلف شهادة الشاهدين فان ذلك في دعوى العقد لا تقبل اصلا
وان كان في دعوى المال ففيه تفصيل ووفاق وخلاف يذكر ذلك
في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى

كتاب التدبير

الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في كتاب العتاق في بيان ركن
التدبير وفي شرائط الركن وفي بيان صفة التدبير وفي بيان حكم التدبير
ووقت ثبوت حكمه وبيان ما يظهر به التدبير ووقت ثبوت حكمه
وبيان ما يظهر به التدبير اما الاول فركن التدبير هو اللفظ الدال على
معنى التدبير لغة وهو اثبات العتق عن دبر ثم اثبات العتق عن دبر
نوعان مطلق ومقيدا ما المطلق فهو ان يعلق الرجل عتق عبده بموته
مطلقا وله الفاظ قد يكون بصريح اللفظ مثل ان يقول انت مدبر او
دبرتك وقد يكون بلفظ التحرير والاعتاق نحو ان يقول انت حر
بعد موتي او حررتك بعد موتي او انت محرر او عتيق بعد موتي
او اعتقتك بعد موتي وكذا اذا قال انت حر عند موتي او مع موتي او في
موتي هو بمنزلة قوله بعد موتي لان عند كلمة حضره لبعيد الموت سيدعي
وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط ومع للمقارنة ومقارنة الشيئين
تقتضي وجودهما وفي للظرف فاذا دخل على ما لا يصلح ظرفا يجعل
شرطا كما اذا قال لعبده انت حر في دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين
بان يقول ان مت فانت حر او يقول اذا مت او متى مت او ان حدث
بي حدث او اذا حدث او متى حدث لانه علق العتق بالموت مطلقا
وكذا اذا ذكر في هذه الالفاظ مكان الموت الوفاة او الهلاك ولو قال انت

مات

مات فلان فانت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتقه بموته فلم يكن
هذا تدبيرا بل كان تعليقا بشرط فكان كالتعليق بسائر الشروط من
دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وقال ابو يوسف اذا قال انت حر
ان مت او قتلت فليس بمدبر وقال زفر هو مدبر لانه علق عتقه بالموت
والقتل كائن لا محالة ولابي يوسف انه علق باحد امرين فلا يصير مدبرا
كما لو قال ان مت او مات زيد ولو قال ان مت وفلان فانت حر او قال انت
حر بعد موتي وموت فلان او قال بعد موت فلان وموتي لم يكن مدبرا
الا ان يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبرا للحال لانه يحتمل ان يموت
المولى اولا فلا العتق لانه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان
فلا العتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا فتفوت ذلك وان مات فلان
ووجد الشرط الاخير قائما وجد بعد ما انتقل الملك الى الورثة وجعل
ان يموت فلان فيصير مدبرا ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير
المقيد ثم ينظر ان مات المولى اولا فقد صار ميراثا للورثة لما بينا وان مات
فلان اولا فقد صار مدبرا لان التدبير صار مطلقا وصار العبد يطلق
بعتق بموت المولى ثم استشهد في الاصل فقال الا ترى انه لو قال انت
حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فكلم انه بعد الكلام صار مدبرا مطلقا
كذا هاهنا وقد يكون بلفظ الوصية وهو ان يوصي لعبده بنفسه او ببعضه
او بقيمته او يوصيه بوصية ليستحق من جملة مال رقبته او ببعضها
نحو ان يقول اوصيت بنفسك او برقبتك او بكلك او بمتاعك او كل ما يجري
عن جملة البدن لان الموصى يزيل ملكه بالوصية ثم ان كان للموصي
له ممن يحتمل الملك بزوال الملك اليه والا فيزول لا الى احد والمجز لا يحتمل
ان يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة
الملك لا الى احد وهذا معنى الاعتاق عند الطرفين حتى يبيع نفس
العبد وهبتهما له اعتاق فكذا هذا فيصير في معنى قوله انت حر
بعد موتي وكذا لو قال له اوصيت لك بثلث مالي لان رقبته من جملة

ثلث ماله فيصير موصي له بثلثها فكان هذا ازالة الملك لا الي احد
فيكون اعتاقا وروي بشر عن ابي يوسف فيمن اوصي لعبده بسهم
من ماله انه يعتق بعد موته ولو اوصي له بجزء من ماله لم يعتق
ووجه الفرق ان السهم عبارة عن السدس فاذا اوصي له بسدس
ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية فاما اسم الجزء فلا يتضمن
الوصية بالرقبة لامحالة فكان الخيار فيه الي الورثة فلهم التعيين فيما
شاؤا والله اعلم واما المقيد فهو ان يعلق عتق عبده بموته موصوفا
بصفة او بموته وشرط اخر نحو ان يقول ان مت من مرضي هذا او
في سفري هذا فانت حر او يقول ان قتلت فانت حر او ان عرفت
فانت حر او ان حدث بي حدث من مرضي هذا او في سفري هذا
ونحو ذلك مما يحتمل ان يكون موته علي تلك الصفة ويحتمل ان لا يكون
وكذا اذا ذكر مع موته شرطا اخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر
مقيد وحكمه يذكر في موضعه ان شاء الله تعالي وروي الحسن
عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت ودفنت وغسلت او كفنت فانت حر
فليس بمدبر بريد به في حق الاحكام المتعلقة بالتدبير في حال حياة
المدبر لانه علق العتق بالموت وبعض اخر فلم يكن مدبرا مطلقا قال
فان مات وهو في ملكه استحسن ان يعتق من الثلث والقياس ان لا
يعتق كما لو قال اذا مت فدخلت الدار فانت حر فمات المولي ودخل
العبد الدار انه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسن وقال يعتق من الثلث لانه
علق العتق بالموت وبما هو من علاقته فصار كما لو علقه بموت نفسه
فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله اذا مت فدخلت الدار لان دخول
الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بالموت نصا فلم يكن مدبرا
اصلا بل كان يمينا مطلقا فيبطل بالموت كسائر الايمان ثم التدبير قد
يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط وقد يكون مضافا الي وقت اما
المطلق فما ذكرنا واما المعلق فنحو ان يقول اذا كلمت فلانا او اذا قدم

فلان

٣٨٨

فلان فانت حر فان التدبير اثبت حق الحرية وحقيقة الحرية تحتمل
التعليق بالشرط فكذا حق الحرية وذكر محمد رحمه الله في الاصل اذا
قال انت حر بعد موتي ان شئت فان نوي بقوله ان شئت الساعة فشا
العبد في ساعته تلك صار مدبرا لانه علق التدبير بشرط وهو المشيئة
وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما اذا قال ان دخلت الدار فانت مدبر
وان عني به مشيئة بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتي يموت المولي
لانه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فاذا وجد قبله لا يعتبر فان
مات المولي فشا عند موته فهو حر من ثلثه كما ذكر في الاصل
وذكر الحاكم في مختصره ان المراد من ان يعتقه الوصي او الوارث لان
العتق ها هنا لم يتعلق بالموت وانما يتعلق به وبامر اخر بعده
فيصير بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب ان لا يعتق ما لم يعتق وكذا ذكر
الخصاف انه لا يعتق حتي يعتقه الورثة لما قلنا وروي بن سماعة
وعيسي بن ابان وابو سليمان عن محمد رحمهم الله فيمن قال لرجل اذا
مت فاعتق عبدي هذا ان شئت او قال اذا مت فامر عبدي هذا
بيدك ثم مات فشا الرجل عتقه في المجلس او بعد المجلس فلا ان
يعتقه لان هذا وصية بالاعتاق والوصايا لا تنعقد القبول فيها
بالمجلس وكذلك لو قال عبدي هذا حر بعد موتي ان شئت فشا
في المجلس او بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا ان الوصية لا تنعقد
قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتي يعتقه الورثة او الوصي او القاضي
وهذا يؤيد قول الحاكم والخصاف لانه لا فرق بين السببين سوي ان
هناك علق بمشيئة العبد وها هنا بمشيئة الاجنبي وكذلك لو قال لعبده
انت حر ان شئت بعد موتي فمات المولي وقام العبد من مجلسه الذي
علم فيه بموت المولي واخذ في عمل اخر فان ذلك لا يبطل شيئا مما جعل اليه
لما ذكرنا ان هذا وصية بالاعتاق وليس بتمليك والوصية لا تتوقف
قبولها علي المجلس واما المضاف الي وقت فنحو ان يقول انت مدبر عند

فاذا

لو راس شهر كذا او جا الوقت صار مدبرا لان التدبير اثبات حق الحرية فيحتمل
الاضافة كاثبات حقيقة الحرية ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الاضافة
وروي بشر عن ابي يوسف فيمن قال لعبده انت حر بعد موتي بشهر
فليس بمدبر ولا يعتق الا ان يعتق وروي ابن سماعة عن محمد انه قال
القياس ان يكون بالهلال الا تري انه لو حنث قبل الشهر دفع بالجناية
ولو لحقه دين بيع فيه ووجه القياس ما ذكرنا انه لما علق العتق
بشهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك الي الورثة ولم يبق
الا محض الزمان وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق فبطل الا انهم
استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق امتثالا الي انتقال الملك الي
الورثة بالموت لان تصرف العاقل يحمل علي الصحة ما امكن واما كن
حمله علي الوصية بالاعتاق بعد محي شهر بعد الموت فيحمل عليها
ولو قال انت حر قبل موتي بشهر فليس بمدبر لانه ما اضاف العتق
الي الموت اصلا بل اضافه الي زمان موصوف بانه قبل موته بشهر
من وقت التكلم وهذا ايضا يحتمل الوجود والعدم لجواز ان يموت قبل
تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبرا للحال واذا مضي شهر قبل
موت المولي وهو في ملكه ذكر الكرخي في مختصره انه مدبر في قول ابي
يوسف حنيفة وزفر وعند ابي يوسف ومحمد لا وعلل القدوري
لابي حنيفة انه لما مضي الشهر انت حر بعد موتي وذكر في الجامع
انه لا يكون مدبرا وجوز ربيعه ولم يذكر الخلاف وهذا هو الصحيح اما علي
قول ابي حنيفة فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بطلق موت المولي
وهاهنا ما اضاف العتق الي الموت اصلا بل اضافة الي اول الشهر وكذا
حكمه عند ابي حنيفة يثبت من اول الشهر بطريق الظهور او يستند
اليه والثابت بالتدبير لقصر علي حال الموت ولا يستند وعند ابي بين
ان ما ذكره القدوري لابي حنيفة من التعليل غير سديد واما علي
قولهما فقد ذكر في النوادر انه يصير مدبرا مطلقا ووجهه انه لما مضي

الشهر

الشهر ظهر ان عتقه تعلق بطلق موت المولي فصار كانه عند مضيه
قال انت حر بعد موتي فصار معتبرا مطلقا واما علي ظاهر الرواية
عنهما فلا يصير مدبرا لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر متصل
بالموت فيصير كانه قال انت حر قبل موتي بساعة ولو قال ليوم
اموت انت حر وانت حر يوم اموت فان نوي به النهار دون
الليل لم يكن مدبرا لانه نوي حقيقة كلامه اذ اليوم اسم لبياض
النهار لغة ويجوز ان يموت بالليل لا بالنهار فلا يكون بعضه مدبرا
مطلقا وان عني به الوقت للبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد
به الوقت المطلق قال الله تعالي ومن يولهم يومئذ دبره ومن ولي
بالليل لحقه الوعيد المذكور وروي الحسن عن ابي حنيفة فيمن قال
ان مت الي سنة والي عشر سنين فانت حر فليس بمدبر لانه علق
عتقه بموت نصفه فيحتمل الوجود والعدم فان قال ان مت الي سنة
ومتله لا يعيش الي ذلك في الغالب فهو مدبر لان موته في تلك الحالة
كاين لا محالة وروي هشام عن محمد فيمن قال انت مدبر بعد موتي
وينبغي قوله انت مدبر ويحمل قوله انت مدبر اي انت حر بعد موتي
ولو قال انت حر بعد موتي علي الف درهم فالقبول بعد الموت
كذا ذكر في الجامع وهو جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
ان القبول في هذا علي حالة الحياة لا بعد الموت فاذا قبل في المجلس
صح التدبير وصار مدبرا واذا مات عتق ولا شي عليه وجه قوله
ان هذا ايجاب العتق في الحال بعوض الا ان العتق يتاخر الي ما
بعد الموت فكان القبول في المجلس كما اذا قال ان شئت فانت حر
راس لقصير المشيد في المجلس لثبوت الحرية في راس الشهر كذا
هاهنا فاذا قبل في المجلس صح التدبير ولا يلزمه المال لان المدبر
مملوك المولي مطلقا فلا يجب للمولي عليه دين واذا مات عتق لوجود
شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال لانه لم يلزمه وقت القبول

فلا يلزمه وبنت العتق وجه ظاهر الرواية انه اضاف الايجاب الي
ما بعد الموت فيكون القبول بعد الموت اذ القبول هو الموت واذا كان
القبول بعد الموت لا يفيد فتوله في حال الحياة وانما يفيد بعد الموت
واذا قبل بعد الموت قبل يعتق بعد الموت بنفس القبول اولا
يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي او القاضي لم يذكر هذا في
الجامع الصغير ولو قال انت مدبر علي الف فقبل فهو مدبر والمال
ساقط كذا ذكر الكرخي لانه علق التدبير بشرط وهو قبول
المال واذا قبل صار مدبرا والمدبر علي ملك المولي فلا يجوز ان
يلزمه دين لولاه فسقط وروي بشر عن ابي يوسف في نوادر
فيمن قال لعبده انت مدبر علي الف قال ابو حنيفة ليس له
القبول انسياعة وله ان يبيعه قبل او يقبل فان مات وهو
ملكه فقال قد قبلت ادي الالف وعتق وهو رواية محمد وعن
محمد رحمه الله وقال ابو يوسف ان لم يقبل حتي مات ليس له
ان يقبل فظاهر قوله ادي الالف وعتق يقتضي ثبوت العتق
من غير اعتاق الوارث والوصي وذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي اذا قال اذا مت فانت حر علي الف درهم فانما يحتاج الي
القبول بعد الوفاة الاعلي رواية ابي يوسف علي ما بينا واذا قبل
بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتي يعتقه الورثة او الوصي
لان العتق قد تأخر وقوعه من الموت وكل عتق تأخر وقوعه عن
الموت لا يقع الا باعتاق من الوارث او الوصي لانه يكون وصية
بالاعتاق فلا يقع قبل وجود الاعتاق كما لو قال انت حر بعد موتي
بيوم او بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث او الوصي بعد مضي
اليوم او الشهر لما قلنا كذا هذا هنا ثم في الوصية بالاعتاق يملك
الوارث الاعتاق تنجيزا وتعليقا حتي لو قال ان دخلت الدار فانت حر
فدخل يعتق لان الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه

كانه

كانه هو والوصي يتصرف بالامر قال اتيقوني تصرفه مع وضع الامر
والوكيل بالاعتاق لا يملك التعليق ولو اعتقه الوصي الوارث عن
كفارته لزمته لا يسقط عنه لانه يعتق عن الميت والولاء من الميت لا عن
الوارث لان الاعتاق منه من حيث المعني ولو قال انت حر علي الف
درهم بعد موتي والقبول في هذا في الحياة بلا خلاف لانه جعل القبول
في الحال شرطا لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبرا ولا يحب المال
لما قلنا فاذا مات عتق ولا شيء عليه وهذا حجة ابي يوسف في المسائل
السعة مه والله الموفق ولو قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتي
فما ملكه صار مدبرا وما يستقبل يعتق من الثلث بغير تدبير و
هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يدخل في هذا الكلام
وما يستفيده وجه قوله ان المملوك للحال مراد من هذا الايجاب فلا يكون
ما يستفيده مرادا لان الحال مع الاستقبال معنيان مختلفان واللفظ
الواحد لا يشتمل علي معنيين مختلفين ولهذا لم يدخل المستفاد
في هذا اللفظ في الاعتاق البات كذا في التدبير ولهما ان التدبير
ان التدبير فيه معني اليمين ومعني الوصية اما معني اليمين
فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين ان كانت لا تصح الا في
الملك القايم او مضافا الي الملك او سببه فالوصية تتعلق بما في
ملك الموصي وبما يستحدث الملك فيه فان من اوصي بثلث ماله
يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده الي وقت الموت قوله
اللفظ الواحد لا يشتمل علي معنيين مختلفين قلنا وقد يشتمل
كالكتابة والاعتاق علي مال فانهما يشتملان علي معني اليمين والمعاوضة
كذا هذا والله الموفق **فصل** واما شرايط الركن فانواع بعضها
يعم نوعي التدبير اعني المطلق والمقيد وبعضها يخص احدهما
وهو المطلق اما الذي يعم النوعين فما ذكرنا في كتاب العتاق
فلا يصح التدبير الا بعد صحة ورده مطلقا عن الاستثنا من اهله

مضافا الى محله ولا يصح الا في الملك سواء كان منجزا او معلقا
بشرط او مضافا الى وقت او مضافا الى الملك او سبب الملك نحو
ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت حر او ان اشتريتك فانت
حر لان التدبير اثبات حقيقة الحرية بعد الموت واثبات هذه الحرية
في الحال فلا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك في الحال لانه اذا كان موجودا
في الحال فالظاهر دوامه الى وقت وجود الشرط والوقت واذا لم
يكن موجودا فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط
والوقت ولا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير ايضا
على ما يذكر في بيان حكم التدبير ومنها ان يكون التعليق بموت المولى
حتى لو علق بموت غيره بان قال ان مات فلان فانت حر لا يصير
مدبرا اصلا واما الذي يخص احدهما دون الاخر فخبر بان احدهما
ان يكون التعليق بمطلق موت المولى فان كان موصوفا بصفة
لا يكون تدبيرا مطلقا بل يكون مقيدا والثاني ان يكون التعليق
بموته وحده حتى لو علق بموته شرطا اخر لا يكون ذلك تدبيرا
مطلقا وقد ذكرنا المسايل المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم والله
الموفق **فصل** واما صفة التدبير فالتدبير منجز في قول ابي حنيفة
رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد لا يتجزى لانه باعتبار الحال اثبات
حق الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية
يتجزى عنده وعندهما لا يتجزى كذا اثبات حق الحرية وباعتبار
المال هو اثبات حقيقة الحرية فكانت اعتاقا وكذا الاختلاف فيه
لازما وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبر احدهما ان على قول ابي
حنيفة صار نصيبه خاصة مدبرا ونصيب شريكه على ملكه لان
التدبير متجزء عنده فيقتصر على نصيبه ثم ان كان المدبر موسرا
فللشريك ست خيارات ان شاء اعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب
وان شاء ضمن وان شاء استسعى العبد وان شاء تركه على حاله واما خيار

التدبير والاعتاق والمكاتبة والاستسعاء فلان نصيبه بقي على ملكه
في حق التخريج الى العتاق واما خيار التضمين فلانه بالتدبير
اخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن
ونحو ذلك فقد اتلف عليه في حق هذه التصرفات فكان له ولاية
التضمين واما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت في حق
منه فجاز القاؤه على الرق وانه مفيد لان له ان ينتفع به منفعة الكسب
والخدمة فلا يكلف بالتخريج الى الحرمة ما لم يمت المدبر فان اختار
الاعتاق فاعتق فللمدبر ان يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبرا
لانه اتلف عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبرا والولاء بينهما
لان الاعتاق منهما لان نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال الى المعتق
لان التدبير يمنع من ذلك وللمعتق ان يرجع على العبد بما ضمن لان
منفعة الاعتاق حصلت له وان شاء المدبر اعتق نصيبه وان شاء
كاتب وان شاء استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض
فيجب تخريجه الى العتاق هذا اذا كان المعتق موسرا فان كان
معسرا فللمدبر ثلاث خيارات ان شاء اعتق وان شاء كاتب وان شاء
استسعى فان اختار التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبرا
بينهما وساوى شريكه في التصرف ثم مات احدهما عتق نصيب الميت
بالتدبير ويكون من الثلث لان التدبير وصية ويسعى في نصف
قيمته للحي ان شاء لانه صار معتق البعض وان شاء اعتق وان شاء
كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا فان مات الشريك الاخر قبل
اخذ السعاية وله مال يخرج نصيبه من ثلثه عتق نصيبه ايضا من
الثلث لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت المولى
والمدبر اذا عتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا تحب عليه
السعاية وقيل ان هذا على قياس قول ابي حنيفة فاما على قياس
قولهما لا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فقد عتق كله بموت

الاولى فوجبت السعاية عليه وهو حر فكان ذلك بمنزلة دين وجب
على الحر فلا يسقط بالموت واما على قول ابي حنيفة فلا يعتق
نصيب الشريك مالم يرد السعاية اذا اختار السعاية لان الاعتاق متجز
عنده فاذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه وقيمته تخرج من الثلث
فيعتق من غير سعاية وان اختارت الكتابة فكاتبه صحت الكتابة
لان نصيبه على ملكه فان ادى فعتق مضى الامر وان مات المولى
قبل الاداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت السعاية فان كان لا
يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين اصحابنا
الثلثة قد ذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى وان اختار تضمين المدبر
تضمنه فقد صار العبد كله للمدبر لانتقال نصيب شريكه اليه
بالضمان والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه وللمدبر ان يرجع
بما ضمن على العبد فيستسعيه لان الشريك كان له ان يستسعيه
فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له فان مات المدبر عتق نصفه
من ثلث المال لان نصفه قد صار مدبرا فيعتق بموته للان من
ثلث المال لما قلنا ويسعى في النصف الاخر كاملا للورثة لان ذلك
النصف كان قنا وان شاؤا اعتقوا ذلك النصف وان شاؤا دبروه
وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا تركوه على حاله فان اختاروا الاستسعاء
سعى العبد في نصف قيمته فاذا ادى يعتق ذلك النصف ولا يتمض
الشريك للمدبر شيئا لان العتق حصل بسبب لا صنع له فيه
ولم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر ان يرجع على العبد
فيستسعيه لان العبد صار كمعتق البعض فاذا ادى تعتق
كله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه فان
مات المدبر قبل ان ياخذ السعاية بطلت السعاية ويعتق ذلك
النصف من ثلث ماله لما بينا وان اختار على تركه نصيبه على
حاله فمات يكون نصيبه موروثا عنه فينتقل الخيار الى الورثة

في

في الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء التوقف على حاله لان نصيبه
انتقل اليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدبر عتق ذلك النصف
من الثلث ولغير المدبران يستسعي المدبر العبد العبد في نصف قيمته
ان شاؤا وان شاؤا اعتق وان شاؤا دبروا ان شاؤا كاتبوا وليس له خيار الترك لانه
صار معتق البعض فيجب تخريجه الى العتق لاحاله والولاء بينهما لان
نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه هذا اذا كان المدبر موسرا فان كان
معسرا فللشريك الخيارات التي ذكرنا الاختيار التضمين واما على
قولهما اذا دبر نصيبه فقد صار كل واحد منهما مدبرا لان التدبير لا يتجزى عندهما
ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسرا كان او معسرا فقد فرق
بين التدبير وبين الاعتاق ان في الاعتاق لا يضمن اذا كان معسرا
وانما يسعى العبد لان هذا الضمان اتلاف او ضمان تملك او ضمان
تملك او ضمان حبس المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار في
اصول الشرع الا ان السعاية في باب الاعتاق ثبتت بخلاف القياس
بالنص ولان الاعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق وصار احرا فيسعى
وهو حر ها هنا الملك قائم لعبد المدبر وكسب المدبر على ملك
مولاه فلم يمكن القول بالاستسعاء هذا اذا دبره احدهما او دبراه
على التعاقب وان دبراه معا ينظران قال كل واحد منهما قد دبرتك
او انت مدبر او نصيبي منك مدبر او قال اذا مت فانت حر او انت
حر بعد موتي وخرج الكلامان معا صار مدبرا لهما بلا خلاف لان تدبير
كل واحد منهما صادف ملكه نفسه فصار العبد مدبرا بينهما فاذا مات
احدهما عتق نصيبه من الثلث والاخر مالخيار ان شاء اعتق وان شاء
كاتب وان شاء استسعى وليس له ان يتركه على حاله لانه صار معتق البعض
فاذا مات الباقي منهما قبل اخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ان
كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالا جميعا اذا مت فانت حر او انت
حر بعد موتنا وخرج كلامهما معا لا يصير مدبرا لان كل واحد منهما

على عتقه بموته وموت صاحبه فصار كان كل واحد منهما قال ان
مت انا وفلان الا اذا مات احدهما فنصيب الباقي منهما مدبر الحيدرة
عتقه معلقا بموت المولى مطلقا وصار نصيب الميت ميراثا لورثته و
لهم الخيار ان شاءوا اعتقوا وان شاءوا دبروا وان شاءوا كاتبوا وان شاءوا
استسعوا وان شاءوا اختاروا الشريك ان كان موسرا واذا مات الاخر
عتق نصيبه من الثلث هذا اذا دبره احدهما او كلاهما فان دبره احدهما
واعتقه الاخر فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان خرج
الكلامان على التعاقب واما ان خرجا معا فان خرجا على التعاقب فاما
اذا علم السابق منهما واما ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقا
بان اعتقه احدهما اولا ثم دبره الاخر فاما على قول ابي يوسف ومحمد
فكما اعتقه احدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزي
وتدبير الشريك باطل لانه صادف الحر والولاء كله للمعتق لان كله عتق
عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسرا وعلى العبد السعاية
ان كان معسرا لما ذكرنا في كتاب العتاق كعبد بين اثنين اعتقه احدهما
وسكت الاخر وقد ذكرناه فيما تقدم واما على قول ابي حنيفة اذا
اعتقه احدهما فلم يعتق الا نصيبه ليتجزي الاعتاق عنده فلما دبره
الاخر فقد صح تدبيره لانه دبر ملكه لنفسه فصح وصار ميراثا للمعتق
عن الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خياران منهما التضمين
ومنها التدبير فاذا دبر فقد استوفى حقه فبرأ المعتق عن الضمان
ولانه انما ثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه الى المعتق بالضمان
وقد خرج عن احتمال النقل بالتدبير فسقط الضمان والمدبر بالخيار
ان شاء المعتق اعتق نصيبه الذي صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء
استسعى العبد وليس له ان يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فيجب
تخريجه الى العتاق بالطرق التي بينا واذا مات المدبر عتق نصيبه
الذي صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كله عتق باعتاقهما النصف

بالاعتاق البات والتضيف بالتدبير فعتق نصيب كل واحد منهما
على ملكه وان كان التدبير سابقا فان دبره احدهما اولا ثم اعتقه الاخر
فعلى قولهما كما دبره احدهما صار مدبرا لان التدبير عندهما لا يتجزي
كالاعتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه قنا سواء كان موسرا او معسرا
لما بينا واما على قول ابي حنيفة فلم يصر كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزي
التدبير عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصفه وللمدبر ان يرجع
على المعتق بنصف قيمة العبد هذا ان كان المعتق موسرا لما بينا
فيما تقدم وان شاء اعتق نصيبه الذي هو مدبر او ان شاء استسعى العبد
وليس له ان يتركه على حاله لانه معتق البعض وان خرج الكلامان
معا كان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا
يجب عليه الضمان ومنهم من قال هذا على قول قياس ابي حنيفة
ان الاعتاق والتدبير في كل واحد منهما يتجزي عنده فصح التدبير في
النصف والاعتاق في النصف فاما على قياس قولهما لا ينفذ الاعتاق
ويبطل التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزي بيان ذلك ان الاعتاق اقوى
فيندفع الادنى وان كان احدهما سابقا لكن لا يعلم السابق منهما من
اللاحق ذكر في الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد المدبر وليسعى
العبد له في الربع له في الاخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من
قال هذا قول ابي حنيفة واما عندهما فالجواب فيه واما اذا خرج الكلامان
معا سواء وجه قولهما ان كل امرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما
معا في اصول الشرع كالقرئين والحرتين والبدين ولهذا قال بعض اهل
الاصول في النص العام والخاص اذا تعارضا وجهل التاريخ انه يجعل
كانهما ورادا معا ويبنى العام على الخاص على طريق البيان ويكون المراد
من النص العام ما دون القدر والمخصوص وجه قول ابي حنيفة انه وقع
الشك في وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك في سببه وجوبه
ان التدبير ان كان لا محالة كان المدبر بالتدبير مبرئا للمعتق عن الضمان

لما مر وان كان سابقا يجب الضمان على المعتق فوقع الشك في الوجوب
والوجوب لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك وجه الاستحسان له لعتقه
الاحوال وهو ان الاعتاق ان كان متقدما على التدبير فقد ابرا المدبر المعتق
عن الضمان وان كان متاخرا فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير
بالاعتاق بعده فاذا الضمان على المدبر في الحالين جميعا والمعتق
يضمن في حال ولا يضمن في حال والمضمون هو النصف فينتصف
ربع قيمة العبد ويسعى العبد للمدبر في الربع الاخر لانه لما تعذر التضمين
فيه ووجب تخريجه الى العتاق اخرج باسعايته كما لو كان للمعتق موسرا
والله اعلم مدبر وبين اثنين جاءت بولد ولم يدع احدهما فهو مدبر
بينهما كامه لان ولد الام المدبر مدبر ولما يذكر في بيان حكم التدبير فان
ادعاه احدهما فالقياس ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر والشافعي
الطحاوي من اصحابنا وفي الاستحسان يثبت وجه القياس انهما
لما ابرآه فقد ثبت حق الولاء لهما جميعا لانه ولد مدبرتهما جميعا وفي اثبات
النسب من المدعي ابطال هذا الحق عليه والولاء لا يحتمل الفسخ وجه
الاستحسان ان النسب قد ثبت في نصيب المدعي لوجود سبب
الثبوت وهو الوطي في الملك واذا ثبت في نصيبه يثبت في نصيب
شريكه لان النسب لا يتجزى فاما قوله حق الولاء لا يحتمل الفسخ قلنا
نحن نثبت النسب ولا نسقط حق الولاء لانه لا تنافي بينهما فيثبت
النسب من الشريك المدعي ويبقى نصف الولاء للشريك الاخر ويبقى نصف
الجارية ام ولده ونصفها مدبرة للشريك على حالها فان قيل الاستيلاد
لا يتجزى وهذا قول بالتجزي قلنا الجواب ما ذكرنا انه يتجزأ نفسه عند ابي
حنيفة كالاعتاق الا انه يتكامل في بعض المواضع على انا نقول الاستيلاد
لا يتجزى فيما يحتمل نقل الملك فاما فيما لا يحتمل فهو متجزء وها هنا
لا يحتمل لما تذكر ويغرم المدعي نصف العقر فلانه اقر بالوطي في ملك الغير
لاقراره بوطي مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان الحد لم يجب للشبهة

لان

لان نصف العقر الجارية ملكه فيجب الغرم ويغرم نصف قيمة الولد
مدبر الانه بالدعوة اتلف على شريكه ملكه الثلث ظاهرا الا ترى حصل من محل
هو ملكهما فاذا ادعاه فقد اتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر
باخراجه من ان يكون منتفعا به المكسب والخدمة فيضمن نصف
قيمته مدبرا لانه اتلف نصف المدبر ولا يغرم نصف قيمة الجارية
لان نصف قيمة الشريك قد بقي على ملكه ولم تصر الجارية كلها ام ولد
لد لان استيلاد نصيب شريكه بقيمة ملك نصيبه ونصيبه لا يحتمل
التملك لكونه مدبرا بخلاف الامة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعى
احدهما انه يثبت النسب ويغرم نصف عقر الجارية لشريكه وتصير
كلها ام ولده ولا يغرم من قيمة الولد شيئا لان هناك نصيب الشريك
يحتمل النقل فامكن القول بتملك نصيبه بدل ضرورة صحة الاستيلاد
والتملك يستند الى وقت العلوق فتبين ان الولد حدث على ملكه
فلا يكون مضمونا عليه وها هنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل
فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعي وينفرد الولد بالضمان
لانفراده بسببه وجوب الضمان فان مات المدعي او اعتق نصيبه
قبل شيء لان نصيبه ام ولده فلا يسعى في نصيبه ولا يضمن
للشريك الساكت شيئا لحصول العتق من غير
صنعه وهو الموت ويسعى في نصيب الاخر في قولهم جميعا لان
نصيبه مدبر فان مات الاخر قبل ان يأخذ السعاية عتق كلها ان خرج
من ثلث ماله وبطلت السعاية عنهما في قياس قول ابي حنيفة
وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على الاعتاق يتجزى عنده وعندهما
لا يتجزى وقد ذكرنا وجه النبا فيما تقدم وان مات الذي لم يدع اولا
عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الاخر
في قول ابي حنيفة لان نصيبه ام ولده ورقام الولد وليس بمتقوم
عنده وفي قولهما يسعى لان رقمها متقوم والله اعلم قال لمي واحد منهما

حتى ولدت ولدا اخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر لانه اقر بوطيء
مدبرة مشتركة بينهما وايهما مات عتق كل الجارية لان نصيب كل واحد
منهما ام ولد وام الولد اذا عتق بعضها عتق كلها ولا سعاية عليهما
وان ادعياه جميعا معا ثبت نسبه منهما جميعا وصارت الجارية ام ولد لهما
من التدبير وحكم الضمان والكسب ما هو الحكم في الجارية المعتقة وسنذكر
في كتاب الاستيلاد ان شاء الله تعالى ولو دبر عبده ثم كاتبه جازت الكتابة
لما ذكرنا فان ادى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق
بسبب الكتابة وهو اداء بدل الكتابة وان لم يود حتى مات المولى عتق
ايضا اذا كان يخرج كله من الثلث مال المولى لوجود شرط العتق بسبب
التدبير وهو موت المولى وخروج المدبر من ثلث المال ولا سعاية عليه
لان عتق المدبر وصية الوصية في الثلث لما مرة فاذا خرج كله من
الثلث عتق كله من غير سعاية وان لم يكن له مال اخر سواه فله الخيار
ان شاء سعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته فان اختار
الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة
ومن ثلثي القيمة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن
ثلثي القيمة فالخلاف في هذه المسئلة يقع في فصلين احدهما في الخيار
والثاني في المقدار والحيلولة في الخيار بين ابي حنيفة وصاحبيه
وفي المقدار ابي حنيفة وبين ابي يوسف وبين محمد اما فصل الخيار
فالخلاف فيه مبني على ان العتق يتجزى عند ابي حنيفة وعندهما
لا يتجزى ووجه البناء على هذا الاصل ان العتق لما كان متجزيا عنده
لم يتعلق بموت المولى الا ثلث العبد وبقي الثلثان معلقا رقبتها
وقد توجه الى الثلثين العتق من جهتين احديهما الكتابة بدل
البدل موجل والثانية التدبير بسعاية ثلثي القيمة معجلا فيخير ان
شاء مال الى هذا وان شاء مال الى ذاك ولما لم يكن العتق متجزيا عندهما

فاذا

فاذا عتق ثلثه بالموت فقد عتق كله ويبطل التعجيل في بدل الكتابة
وصار المالان جميعا حالا وعليه احد المالين اما الكتابة واما السعاية وايهما
اقل والاخر اكثر فلا فائدة في التخيير لانه يختار الاقل لا محالة ولان الواجب
عليه اذا احد المالين واحدهما اكثر من الاخر كان الاقل متيقنا به فيلزمه
ذلك واما فصل المقدار فوجه قول محمد ان بدل الكتابة قوبل بكل
الرقبة لان العقد انعقد عليه حيث قال كاتبتك على كذا وقد عتق ثلث
الرقبة فيسقط ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل فبقي الثلثان ولانه
ثلث مال المولى لو كان مثل قيمة العبد يسقط عنه بدل الكتابة فاذا كان
ثلث قيمته كم ان يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى في
الاقل من ثلثي الكتابة وثلثي القيمة لما قلنا ولهما ان العبد قد كان استحق
ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فلا يسلم له ذلك
كيف ما كان فاذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل العقر المستحق وهو
الثلث وانما يقابل الثلثين فاذا قال كاتبتك على كذا فقد جعل بمقابلة
ما لا تصح المقابلة بدل وهو الثلث وبمقابلة ما تصح المقابلة به وهو
الثلثان فينصرف كل البدل الى ما تصح المقابلة به وهو الثلثان كمن
طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على الف درهم لزمها كل
الالف لما قلنا وكذا اذا جمع بين من يحل نكاحها وبين من لا يحل وتزوج
بالف درهم وجب الالف كلها بمقابلة نكاح من يحل له نكاحها عند ابي
حنيفة واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت
لكن لا يدل بمقابلته وانما البدل كله بمقابلة نكاح من يحل له نكاحها
عند ابي حنيفة واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت
لكن لا يدل بمقابلة وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل
شيء بخلاف ما اذا خرج كله من الثلث لان هناك سلم له جميع رقبته فلزم
القول بالبراءة وهذا اذا دبر عبده ثم كاتبه فان كاتبه ثم دبره ثم مات المولى
فعلى قول ابي حنيفة ان شاء سعى في ثلثي القيمة وان شاء ثلثي الكتابة و

وعندهما يسعى في الاقل من ثلثي الخمسة ومن ثلثي الكتابة فقد اتفقوا في المقدار
ها هنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك
كاتبه والعبد لم يكن اسحق شيأ من رقبته فكان جميع البدل مقابلة جميع
الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فسقط ما كان يزايله
من البدل فبقي الثلثان بلا خلاف وانما اختلفوا في الخيار فعند ابي
حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة موجلا وبين ثلثي القيمة
معجلا وعندهما يجب عليه الاقل منهما بناء على تجزي الاعتاق وعدم
تجزيه على ما بيناه في الفصل الاول والله الموفق **فصل** واما حكم
التدبير فنوعان نوع يرجع الى حال حياة المدبر ونوع يرجع الى ما بعد
الموت اما الذي يرجع الى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر
واذا كان التدبير مطلقا وهذا عندنا وعند الشافعي لا حكم له في حال حياة
المدبر راسا فلا يثبت حقيقة الحرية حتما بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية
بعد الموت مقصورا عليه وعلى هذا يبني بيع المدبر المطلق انه لا يجوز
عندنا وعنده جائز ويجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع احتج الشافعي بما
روي عن عطاء انه قال رجل فاحتاج فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم
بثمان مائة درهم وادى ثمانها فعل النبي عليه السلام الجواز ولان التدبير
تعليق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كسائر التعليقات بالشروط
من دخول الدار وكلام زيد ونحو ذلك وكالتدبير المقيد ولان فيه معنى
الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما اذا اوصى لعبد عبده ثم باعه ولنا
ما روي عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر
لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وهذا نص في الباب وعن ابي سعيد
الخدري عن جابر عن عبد الله الانصاري رضي الله عنهما ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن المدبر ومطلق النهي يحمل على المحرم وروي
عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس
وعبد الله بن عمر مثل مذهبنا وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح

ومشروق وسعيد بن المسيب والقسم بن محمد وابي جعفر محمد بن علي ومحمد
بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبي والحسن البصري والزهري وسعيد
بن جبير وزاهر بن عبد الله وطاوس ومجاهد وقتادة حتى قال ابو
حنيفة رحمه الله لولا قول هؤلاء الاجلاء لقلت بجواز بيع المدبر لما دل من
النظر ولسنا لاثبات حق الحرية ضرورة الاجماع ودلالة عرض المدبر
اما ضرورة الاجماع فهي ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية
لا بد لها من سبب ولا سبب هنا سوى الكلام السابق فلا يخلو اما
ان يجعل سببا للحال واما ان يجعل سببا للشرط ولا سبيل الى الثاني
لانه ليس من اهل مباشرة السبب فتعين ان يكون سببا عند وجوده
فكان الكلام السابق سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولسنا نفي
ثبوت حق الحرية الا هذا المدبر وهذا يمنع جواز البيع ابطال السبيد اذ
لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع واما دلالة العرض فهو ان عرض المدبر
من التدبير ان يسلم للحرية المدبر عند وفاته حق الخدمة المتقدمة مع
بقاء منافعه على ملكه في حياته لحاجته اليها ولا طريق الى تحصين العرض الا جعل
التدبير سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت اذ لو لم تثبت الحرية
في الحال لفات عرض الانتفاع به ولو لم ينعقد سببا اما لفات عرضه
في العتق لجواز ان يبيعه لشدة عصبه او غير ذلك فكان افتقاده
سببا في الحال وتأخر الحرية الى ما بعد الموت بطريق احرار العرض
فيثبت ذلك بدلالة الحال فتقييد الكلام به اذ الكلام بتقييد بدلالة
العرض فان قيل هذا مناقض لاصلكم لان التدبير تعليق العتق
بالشرط ومن اصلكم ان التعليقات ليست اسبابا للحال وانما تصير
اسبابا عند شرطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك
وسببه وها هنا جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال
ولهذا مناقضة في الاصل والتناقض في الاصل دليل فساد الفرع فالجواب
ان هذا اصلنا فيما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد

المتكلم جعله سببا للمحال لما قلنا واما حديث عطاء فيحتمل ان ذلك كان
مدبرا مقيدا وقوله باع حكاية فعل فلا عموم له فيحتمل ان يكون معنى
قوله باع اي اجر اذ الاجارة تسمى بيعا بلغة اهل المدينة وهكذا روى
محمد بن الحسن رحمه الله باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة
مدبره ولم يبع رقبته ويحتمل ان ذلك كان في ابتداء الاسلام حين كان
بيع المدبر مشروعا على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم باع رجلا مدبرا
فقال له سرق ثم صار منسوخا بنسخ بيع المدبر لثبوت حق الحرية في المدبر
الحاقا للحق بالحقيقة في باب المحرمات واما المدبر المقيد فهناك
لا يمكن ان يجعل الكلام سببا للمحال لان الامر متردد بين ان يموت
يموت من ذلك المرض وفي ذلك السفر او لا يموت فكان الشرط محتمل الوجود
فالعدم فلم يمكن التعليق بسائر الشروط وكذا لما علق العتق بامر
يحتمل الوجود والعدم دل انه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب الى الله
تعالى باعتاق هذا العبد ولا قصد حق الخدمة القديمة لو كان
غرضه لعلقه بشرط كاين لا محالة واما قوله ان في التدبير معنى الوصية
فسلم لكن هذه وصية لازمة لتبوتها في ضمن اسر لازم وهو اليمين
فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالاعتاق
فان قيل هذا يشكل بالتدبير المقيد فانه يتضمن معنى الوصية
اللازمة ومع هذا يجوز بيعه قبل معنى الوصية فيه للمحال متردد
لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك
الصفة وها هنا بخلافه واذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق في الحال
فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز وعلى هذا
خرج المسائل لا يجوز بيعه ولا هبته ولا التصدق به ولا الوصاة به
لانها تصرف تمليك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه لان الرهن
والارتهان من باب ابقاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك
الدين وتملكهما ويجوز اجارته لانها لا تبطل هذا الحق لانها تصرف في هذه

المتعة

المتعة بالتمليك لا في العين والمنافع على ملك المدبر وقد روينا عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته وبيع خدمة
المدبر بيع منفعته وهو معنى الاجارة ويجوز الاستخدام وكذا الاستمتاع
والوطي في الامة لانها استثنيا المنافع ويجوز التزويج لان التزويج
تمليك وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه كان يطأ مدبرته ولان
الاستيلاد اكد من التدبير لانه يوجب الحرية من جميع المال والتدبير
من الثلث ثم الاستيلاد لا يمنع من الاجارة والاستخدام ولا يمنع من
الاستمتاع والوطي والتزويج في الامة والتدبير اولى والاجرة والمهر
والعقر والكسب والعلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه والارش
له لانه بدل جزء فات على ملكه ولا تعلق الدين برقبته لان رقبته لا تحتمل
البيع لما بينا وتتعلق بكسبه ويسعى في ديونه بالغة ما بلغت وجنايته
على المولى وهو الاقل من قيمته ومن ارش الجناية ولا يضمن المولى
اكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنايات لما يذكر في كتاب الجنايات ويجوز
اعتاقه لانه ايصاله الى حقيقة الحرية معجلا ولان المنع من البيع ونحوه لما
فيه من منعه من وصوله الى هذا المقصود فمن المحال ان يمنع من ايصاله
اليه ولهذا المعنى جاز اعتاق ام الولد كذا المدبر ويجوز مكاتبته لانه
يريد تعجيل الحرية اليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة ام الولد وولد
المدبرة من غير سيدها بمنزلتها لاجماع الصحابة على ذلك فانه روي عن
عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه انه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق
بعتقها ويرق برقها وروي ان عثمان رضي الله عنه خاصم اليه في اولاد
مدبرة فقضى له بما ولدته قبل التدبير عنده وما ولدته بعد التدبير
مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد
فكان اجماعا وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاووس ومجاهد وسعيد
ابن جبير والحسن وقتادة رحمهم الله ولا يعرف في السلف خلاف ذلك
وانما قال به بعض اصحاب الشافعي فلا يعتد بقوله لمخالفته الاجماع ولان

حق الحرية يسري الى الولد كولد ام المولد وما ولدته قبل التدبير
فهو قن لعصيته عثمان بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولان حق
الحرية لم يكن ثابتا في الام وقت الولادة حتى يسري الى الولد ولو اختلف
المولى والمدبرة في ولدها فقال المولى ولدته قبل التدبير وهو رقيق
وقالت هي ولدته بعد التدبير وهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه
على علمه والبينة بينة الامة لان المدبرة تدعي سراية التدبير الى الولد
والمولى ينكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على علمه لان الولادة
ليست في فعله والبينة بينة المدبرة لان فيها اثبات التدبير ولو كان
مكان التدبير عتق المولى للمعتقة ولدته قبل العتق وهو رقيق
وقالت ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه بالحال ان كان الولد
في يدها فالقول قولها وان كان في يد المولى فالقول قوله لانه اذا
كان في يدها كان الظاهر شاهدا لها واذا كان في يده كان الظاهر
شاهدا له على كل حال فكان القول قوله ولو قال لامة لا مملكها ان
ملكتك فانت مدبرة او ان اشتريتك فانت مدبرة فولدت ولدا ثم اشتراهما
جميعا فالام مدبرة والولد رقيق لان الام انما صارت مدبرة بالشرط ولم
يوجد الشرط في حق الولد وانه ينفصل فلا يسري اليه تدبير الام والله
الموفق واما الذي يرجع الى ما بعد موت المدبر فمنها عتق المدبر لان
عتقه معلقا بموت المولى والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط و
يستوي فيه المدبر المطلق والمقيد لان عتق كل واحد منهما معلق بالشرط
الا ان الشرط في المقيد الموت الموصوف بصفة فاذا وجد ذلك فقد وجد
الشرط فينزل المعلق سواء كان الموت حقيقة او حكما بالردة بان ارتد
المولى عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق
بدار الحرب تجري مجرى الموت في زوال الاملاك ولذلك المستامن اذا
اشترى عبدا في دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق الحربي
عتق مدبره لان الاسترقاق اوجب زوال ملكه عن امواله حكما فكان

بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة ليس من مولاها لانه تبعها في حق الحرية
فكذا في حقنة الحال الحرية فكذا في حقيقة الحرية ويستوي فيه المطلق
والمقيد لان معنى التدبير لا توجب الفصل وسمعنا ان عتقه يجب
من ثلث المال وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة وهو قول سعيد
بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين رحمهم الله وروي عن عبد الله
بن مسعود رضي الله عنه ان عتقه من جميع المال وهو قول ابراهيم
النخعي وحماد رحمهم الله وجعلوه كام الولد ولنا ما روينا عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من
الثلث وحماد رحمهما الله ولان التدبير وصية الوصية تعتبر من
ثلث المال كسائر الوصايا وسواء كان التدبير في المرض او في الصحة
لانه وصية في الحالين وسواء كان المدبر مطلقا او معتقد العموم الحديث الا
انه خص منه المقيد في حق البيع والهبة فيعمل بعمومه في حق الاعتبار
من الثلث ولان معنى الوصية يوجد في النوعين وانه يقتضي اعتباره
من الثلث ويعتبر من ثلث المال يوم موت المولى لان في الوصايا
هكذا يعتبر واذا كان اعتبار عتقه من ثلث مال المولى فان كان يخرج
كله من ثلث مال المولى بان كان له مال آخر سواه يعتق كله ولا سعاية
عليه وان لم يكن له مال آخر سواه يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين
للورثة هذا اذا لم يكن على المولى دين فان كان عليه دين يسعى في جميع
قيمته في قضاء دين المولى لان الدين مقدم على الوصية ومنها ان ولاء
المدبر لانه للمعتق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ولا يستقل
هذا الولاء عن المدبر وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبرة بين اثنين
جاءت بولد فادعاه احدهما انه ثبت نسبه منه وعتق عليه وعزم نصيب
شريكه من الولد والولاء بينهما لان حق الحرية ثابت في الحال عندنا وانه
يثبت حق الولاء وهو لا يحتمل التنصيف وكذا المدبر بين شريكين اعتقه
احدهما لما ذكرنا لما تقدم وعلى قول ابي يوسف ومحمد اذا اعتق احدهما نصيبه

عتق جميعه والولاء بينهما **فصل** واما بيان ما يظهر به التدبير
فالتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو الاقرار والبينة لانه اثبات
حق الحرية في الحال فيعتبر الحق بالحقيقة وهو اثبات حقيقة الحرية
بعد الموت فيعتبر بالاثبات في الحال وذا يظهر باحد الامرين فكذا هذا
اذا عرف هذا فنقول اذا ادعى المملوك التدبير وانكر المولى فاقام
البينة قبلت بينته بالاجماع فان لم يدع وانكر التدبير مع المولى
لا تقبل البينة على التدبير من غير دعوى في قول ابي حنيفة وعندهما
تقبل والحج على نحو ما ذكرنا في الاعتاق البات الا ان الشهادة على عتق
الامة تقبل من غير دعواها بالاجماع والشهادة على تدبير الامة على
الاختلاف لان تدبير الامة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة
قائمة على حق لله تعالى ولو شهد انه دبر احد عبديه بغير عينه في الصحة
فالشهادة باطلة في قول ابي حنيفة لان المدعى مجهول وعندهما تقبل
ولو شهدا ان ذلك كان في المرض تقبل استحسانا والقياس ان لا تقبل
وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب العتاق ولو شهدا
انه قال هذا حر بعد موتي لا بل هذا كانا جميعا مدبرين ويقبل انه بعد
موته من ثلثه لانه كما قال هذا حر بعد موتي فقد صار مدبرا فلما قال
لا بل هذا فقد رجع عن الاول وتدارك بالثاني ورجوعه لا يصح وتداركه
صحيح كما اذا قال لاحدى امرأتيه هذه طالق لا بل هذه ولو شهدا انه قال
هذا حر البتة بل هذا فقد برحاز ت الشهادة لهما لانه اعتق الاول ثم رجع
وتدارك بالثاني والرجوع لا يصح فيصح التدارك فصار الاول حرا والثاني
مدبرا ولو شهد احدهما انه دبره وشهد الآخر انه اعتقه البتة بالطلاق لان كل
واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر لفظا ومعنى اما اللفظ فلا اشكال
فيه واما المعنى فلان الاعتاق البات اثبات العتق في الحال والتدبير
اثبات العتق بعد الموت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد
منهما الا شاهد واحد وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا في شرطه

لانهما

كتاب الاستيلاد

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الاستيلاد لغة وعرفا وفي
بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان وقته وفي بيان حكمه وفي بيان
ما يظهر به اما تفسيره لغة فالاستيلاد هو طلب الولد كالاستصحاب
والاستياس ان طلب الصهبة والانس وفي العرف وهو ان تصير
الجارية ام ولد يقال فلان استولد جاريته اي صيرها ام ولده وعلى
هذا قلنا ان الميت يستوي في صيرورة الجارية ام ولد الولد الحي والميت
لان للميت ولدا بدليل انه يتعلق به احكام الولادة حتى تنقضي به
العدة وتصير المراة به نفسا وكذا لو اسقطت سقطا قد استبان خلقه
او بعض خلقه واقربه فهو بمنزلة الولد الحي الكامل الخلق وتصير الجا ج
ام ولده لان احكام الولادة تعلقت بمثل هذا السقط وهو ما ذكرنا وان لم
تكن استبان شيء من خلقه فالقت مضغة او علقة او نطفة فادعاه
المولى فانها لا تصير ام ولده كذا روي الحسن عن ابي حنيفة لان ما لم
يستبن خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية ام ولد بدون الولد
محال ولانه يحتمل ان يكون ولدا ويحتمل ان يكون ولدا دما جامدا او لحما
فلا يثبت به الاستيلاد مع الشك وهذا الذي ذكرنا قول اصحابنا
وللشافعي فيه قولان في قول قال يصير عليه المالكان فاذا ذاب فهو
دم وان لم يذب فهو ولد وفي قول قال يرجع فيه الى قول النساء والقولان
فاسدان لما ذكرنا في كتاب الطلاق ولو اقر المولى فقال لجاريته حملك هذه
الجارية مني صارت ام ولده لان الاقرار بالحمل اقرار بالولد اذ الحمل عبارة
عن الولد وروي عن ابي يوسف انه اذا قال حملك هذه الجارية مني او قال
هي حبلى مني او قال ما في بطنها ولد مني ثم قال بعد ذلك
لم تكن حاملا وانما كان ريحا وصدقته الامة فانهما لا يصدقان وهي ام
ولد لانه اقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد

فاذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت الي تصديقها لان في الحرية حق
الله تعالي فلا يحتمل السقوط باسقاط العبد ولو قال ما في بطنها
مني ولم يقل من حمل او ولد ثم قال بعد ذلك كان رجعا وصدق فان
لم تصر ام ولد لان قوله ما في بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا
علي اللفظ المحتمل فلا يثبت الاستيلاد ولو قال المولي ان كانت هذه
الجارية حبلي مني فانت سقط قد استبان خلقه او بعض
خلقه فقد صارت ام ولده لما بينا وان ولدت ولدا لاقل من ستة
اشهر صارت ام ولده لان الطريق الي ثبوت نسب الحمل منه هذا
لان معني قوله ان كانت حبلي مني اي اني وطيتها فان حبلت
من وطيي فهو مني فاذا اتت بعد هذه المقالة بولد لاقل من ستة
اشهر تيقنا ان كانت حاملا حينئذ فيثبت النسب والاستيلاد
فاذا انكر المولي الولادة فشهدت عليها امرأة لزمه النسب لان الزوج
اذا كان اقر بالحبل تقبل شهادة امرأة علي الولادة علي ما ذكرنا في كتاب
الطلاق فان جاءت بولد لستة اشهر فصاعدا لم يلزمه ولم تصر الجارية
ام ولده لانا نعلم وجود هذا الحمل في ذلك الوقت لجواز انها حملت
بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك والله اعلم **فصل**
واما سبب الاستيلاد وهو صيرورة الجارية ام ولد فقد اختلفوا فيه
قال اصحابنا سببه هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعي سببه علوق
الولد حرا علي الاطلاق بعد اتفاقهم علي ان حكم الاستيلاد في الحال
هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولي والاصل
فيه قول النبي صلي الله عليه وسلم في جارية مارية القبطية لما ولدت
ابراهيم ابن النبي صلي الله عليه وسلم اعتقها ولدها والمراد منه السبب
اي ولدها سبب عتقها علي انهم اختلفوا في التسبيب فقال اصحابنا
هي ثبوت نسب الولد وقال الشافعي هي علوق الولد حرا مطلقا
وجه قوله ان الولد حر بلا شك والد جزء الام وحرية الجزء تقتضي

حرية الكل اذ لا يحتمل ان يكون الكل رقيقا والجزء حرا كان ينبغي ان
تعتق لان الولد انفصل منها وحريته علي اعتبار الانفصال لا توجب
حرية الام كما لو اعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية في الحال وتأخذ
الحقيقة الي ما بعد الموت عملا بالشبهين ولنا ان الوطي المعلق اوجب
الجزئية من المولي والجارية لواسطة الولد لاختلاطهما بينهما وصيرورتهما
شيئا واحدا واختلاف الولد منه فكان الولد جزء لهما وبعد الانفصال
منهما ان لم يبق جزء لهما علي الحقيقة فقد بقي حكما لثبات السبب
ولهذا يثبت كل الابن اليه فيقال ام ولده فلو بقيت حقيقة الجزئية
لثبتت حقيقة الجزئية فان بقيت حكما يثبت الحق علي ما عليه
وضع قاعدة الشرع من ترتيب الاحكام علي قدر وقوعها وضعفها والي
هذا المعني اشار عمر رضي الله عنه فقال الولد ما اختلطت به حكم
يلجون منه ودما وكم بدما عين يزيدون بينهن ثم اختلف اصحابنا
في كيفية هذا السبب فقال علماؤنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب
شرعا وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا او حقيقة
وبيان هذه الجملة في مسايل اذا تزوج جارية انسان واستولدها
ثم ملكها صارت ام ولده عندنا لان سبب الاستيلاد وهو ثبوت
النسب وقد تحقق الا انه يوقف الحكم علي وجود الملك لتعذر اثبات
حكمه وهو حق الحرية في غير الملك كما يتعذر اثبات الحقيقة في غيره فتأخر
الحكم الي وقت الملك وعند الشافعي لا تصير ام ولده وهو قول ابراهيم
النخعي رحمه الله لان السبب عنده علوق الولد حرا علي الاطلاق
ولم يوجد لان الولد رقيق في حق مولاه واذا ملك ولده الذي استولده
عتق عليه بالاجماع اما عندنا فلانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق واما
عنده فلانه ملك ولد ثابت النسب منه شرعا وكذلك اذا اثبت النسب
من غير ملك الجارية بوطي الشبهة ثم ملكها فقد صارت ام ولده حتى
ملكها لوجود السبب وعنده لانعدام السبب ولو ملك الولد عتق كما قلنا

ولو زنى بجارية فاستولدها بان قال زنيت بها او فجرت بها او
قال هو ابني من زنا له ومهور وصدقته وصدقه مولاها فولدت ثم
ملكها تصير ام ولد له عند اصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس ان
لا تصير ام ولد له وهو قول زفر بنا على ان السبب عند ثبوت النسب مطلقا
وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو ملك الولد عتق عليه بلا خلاف
بين اصحابنا والسبب عند اصحابنا الثلاثة هو ثبوت النسب شرعا ولم
يثبت **فصل** واما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعا وهو الفراش
والفراش لملك اليمين او شبهته او تاويل الملك او ملك النكاح او
شبهته ولا تصير الامة فراشا في ملك اليمين بنفس الوطي بل بالوطي مع
قرينة الدعوة عندنا وهي من مسائل كتاب الدعوة ولا يثبت الاستيلاد
دون الدعوة ويستوي في الاستيلاد ملك القنة والمدبرة لاستوايهما
في ثبات النسب الا ان المدبرة اذا صارت ام ولد بطل التدبير لان امية الولد
انفع لها الا ترى ان ام الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى ويستوي
في ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها فكذا في الاستيلاد حتى ان
جارية بين اثنين علقت في ملكهما فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت
نسبه وصارت الجارية كلها ام ولد له بالضمان وهو نصف قيمة الجارية
يستوي في هذا الضمان اليسار والاعسار ويغرم نصف العقر لشريكه ولا
يضمن من قيمة الولد شيا اما ثبوت النسب فلحصول الوطي في محل له
فيه ملك لان ذلك القدر من الملك اوجب ثبوت النسب بقدره
والنسب لا يتجزى فاذا ثبت في بعضه يثبت في الكل ضرورة عدم التجزي
ولان النسب يثبت بشبهة الملك فلان يثبت بحقيقة الملك اولى
واما صيرورة الجارية كلها ام ولد له فالنصف قضية للنسب
لان نصف الجارية مملوكة له والنصف لاخراما بالعتق لان الاستيلاد
لا يتجزى فيما يكون قتل الملك فيه فاذا ثبت في البعض يثبت في الكل لضرورة
عدم التجزي واما بالعتق اذا وجد سبب الكمال وهو النسب مع كونه

متجزيا في نفسه لان سبب الاستيلاد في نصيبه قضية للسبب ثم يتكامل
في الباقي بسبب السبب واما بالعتق سببا حقيقيا وجب التكامل على ما عرف
في الخلافيات ثم الى سبيل الى التكامل بدون تملك نصيب شريكه فيصير
متملكا نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد في ذلك النصيب ولا سبيل
الى تملك مال الغير بغير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف قيمتها وانما
استوى في هذا الضمان حالة اليسار والاعسار لانه لا ضمان تملك
كضمان البيع واما وجوب نصف العقر فلوجود الاقرار منه بوطي مملوكه
الغير وانه حرام الا ان الحد لم يجب لامكان الشبهة لحصول الوطي في ملكه
وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر ولا يدخل العقر في ضمان العتق
لان ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع ضمان الكل
ولان منافع البضع لها حكم الاجزاء وضمان الجزء لا يدخل في مثله
واما عدم وجوب بنصف قيمة الولد فلانه تملك نصيب شريكه بالعلوق
السابق فصار الولد حادثا على ملكه فلا يصير مضمونا عليه ولان الولد
في حال العلوق لا قيمة له فلا يتأتى ايجاب الضمان ولانه كان بمنزلة الاوصاف
فلا ينفرد بالضمان ويستوي في ثبوت النسب وصيرورة الجارية ام ولد — ولده
الذات وملك اليد كالمكاتب اذا استولد جارية من اكسابه على ما يذكر
في كتاب الدعوى ويستوي في دعوى النسب حال الصحة والمرض لان حال
النسب من الحوائج الاصلية ولذلك اذا ادعاه احدهما واعتقه الاخر
وخرج القول منهما معا فعتقه باطل ودعوة صاحب اولى لان الدعوة
استندت الى حالة متقدمة وهي العلوق والعتق وقع في الحال
فصارت الدعوة اسبق من الاعتاق فكانه اولى ولو ادعياه جميعا
فهو ابنهما والجارية ام ولدهما يخدم لهذا يوما ولذلك يوما ولا يضمن
واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيا ويضمن كل واحد منهما
نصف العقر فيكون قصاصا اما ثبوت النسب منهما فمذهبنا وعند
الشافعي يثبت من احدهما ويتعين بقول القافه وهي من مسايل

كذا بالدعوى واما صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية ام ولده
فلثبوت نسب ولدها منه فصار كانه اقر بالدعوة وانما لا يضمن احدهما
للاخر شيئا من قيمة الام لان نصيب كل واحد منهما لم ينتقل الى شريكه
وانما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب
الضمان وهو الاقرار بالوطي في ملك الغير فيصير احدهما قصاصا
بالاخر لعدم الفائدة في الاستيفا وكذلك لو كانت الجارية بين اربعة
او ثلاثة او خمسة فادعوه جميعا ما ثبت نسب منهم وتصير الجارية
ام ولد لهم في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يثبت النسب
من اكثر من اثنين وعند محمد من اكثر من ثلاثة ويذكر الحجج في كتاب
الدعوى وان كانت الانصبا مختلفة بان كان لاحدهم السدس ولاخر
الربع ولاخر الثلث ولاخر ما بقي يثبت النسب منهم ويصير نصيب
كل واحد منهم يثبت الاستيلاد منه في نصيبه فلا يجوز ان يثبت
فيه استيلاد غيره وان كانت الامة بين الاب والابن فجات بولد فادعيا
جميعا معا او كانت بين حر وعبد فادعياه او بين حر ومكاتب
او بين مكاتب وعبد او بين مسلم وذمي او بين كتابي ومجوسي او
بين عبد مسلم او مكاتب مسلم وبين حر كافر او بين ذمي ومرتد
فحكمه يذكر في كتاب الدعوى ان شا الله تعالى هذا اذا كان العلوق
في ملك المدعيين فان لم يكن بان اشتريا بها وهي حامل فجات بولد
فادعاه احدهما او كلاهما فهي من مسايل الدعوى نذكرها هناك ان
شا الله تعالى وكذا اذا ولدت للجارية المشتركة بين اثنين ولدا فابن
فادعي كل واحد منهما ولدا ولد تمامي بطن او بطنين والدعوة ان خرجتا
جميعا معا او على التعاقب وكذا اذا ولدت جارية لاثنان ثلاثة اولاد
فادعي احدهم وهم ولد واحد في بطن واحدا وفي بطون مختلفة وادعي
المولى احدهم بعينه او بغير عينه فحكم هذه الجملة في كتاب الدعوى
وكذا دعوة الاب نسب ولد جارية ابنه مع فرد عما او دعوة الاب مع فقد

تذكر

تذكر ثمة ان شا الله تعالى اذا بين رجلين اقر احدهما انها ام ولد لصاحبه
وانكر ذلك صاحبه قال ابو حنيفة يبطل حق الشاهد في رقبتها
موسرا كان المشهود عليه او معسرا ويخدم المشهود عليه يوما ويرفع
عنها يوما فان مات المشهود عليه سعت لورثته وكانت في حالة
السعاية كالمكاتبة فان ادت عتقت وكان نصف ولاها للمشهود
عليه والنصف لبيت المال وهو قول ابي يوسف الاخر وقال محمد
يسعى الساعة في نصف قيمتها للمشهود عليه والنصف لبيت
المال وهو قول ابي يوسف الاخر وقال محمد يسعى الساعة في نصف
قيمتها للمشهود عليه فاذا ادت فهي حرة لا سبيل لاحد عليها
وجه قوله ان المقر قد افسد على شريكه ملكه باقراره لانه لما لم يصدقه
الشريك انقلب اقراره على نفسه كمن استولد جارية ثم اقر ان البايع
كان قد اعتقها وانكر البايع انه ينقلب اقراره عليه ويجعل معتقا كذا
هاهنا واذا انقلب اقراره على نفسه صار مقرا بالاستيلاد في نصيبه
ومتى ثبت في نصيبه ثبت في نصيب شريكه لانه لا يتجزى فقد
افسد نصيب صاحبه لكن لا سبيل الى تضمينه لان شريكه قد كذبه
في اقراره فكان لشريكه السعاية كما لو اعتق المقر نصيبه وهو معسر
واذا سعت في نصيبه وعتق نصيبه لعتق الكل لعدم تجزي العتق
عنده ولهما ان المقر بهذا الاقرار يدعي الضمان على المنكر بسبب ملك
الجارية لان الاستيلاد لا يتجزى فيما يحتمل النقل والتملك ويجب
على الشريك فيه الضمان في حال اليسار والاعسار ودعوى الضمان
يوجب براءة الامة عن السعاية فتبطل حقوق رقبتها ويبقى حق الشريك
في نصيبه كما كان ولان المقر لا يخلو اما ان كان صادقا في اقراره واما
ان كان كاذبا فيه فان كان صادقا كانت الجارية كلها ام ولد لصاحبه
فيسلم له كمال الاستخدام وان كان كاذبا كانت الجارية بينهما على ما كانت
قبل الاقرار فنصف الخدمة ثابت للمنكر بيقين واعتبار هذا المعنى يوجب

ان لاسعاية عليهما ايضا فاما المقر فقد اسقط حق نصيبه عن الخدمة
لزعمه ان كل الخدمة لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع
هذه الجارية متعذر لان الشاهد اقر انها ام ولد وحين ما اقر كان له فيها
ملك من حيث الظاهر فتنفذ اقراره في حقه فاذا مات المشهود عليه فانها
تسعى في نصف قيمتها للورثة لان في زعم الشاهد انها عتقت بموت صاحبه
لزعمه انها ام ولد صاحبه والامة المشتركة بين اثنين اذا اقر احدهما
على شريكه بالعتق كان له عليها السعاية وان كذبه صاحبه والامة الشركة
بين اثنين في الاقرار كذلك ها هنا ونصف الولد للمشهود عليه رد عليه
اقراره فالمقر لهذا النصف لانها عتقت على ملكه ووقف النصف
الاخر لان المقر اقر انه للمشهود عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره فلا
يعرف لهذا النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال فان جاءت
بولد فقال احدهما هو ابن الشريك فانكر الشريك فالجواب في الام كذلك
واما الولد فيعتق ويسعى في نصف قيمته للمشهود عليه لان الشريك
المقر اقر بحرية الولد من جهة شريكه واحد الشريكين اذا شهد على
بالعتق وانكر الاخر يسعى العبد للمشهود عليه ونظير هذه المسئلة
ما روي بشر عن ابي يوسف في جارية بين شريكين ادعى احدهما ان
شريكه دبرها وانكر الشريك فان ابا حنيفة رحمه الله قال الشاهد بالتدبير
ان شاء دبر فيخدمه يوما وللاخر يوما وان شاء امسك ولم يدبر فخذ منه
يوما وللاخر يوما وان شاء استسعاها في نصف قيمتها فسعت له يوما
وخدمت الاخر يوما فاذا ادت عتقت وسعت للاخر وكان قول ابي
يوسف في ذلك انما كان الولد ثم رجع وقال يوقف كما قال ابو حنيفة
الا في تبعيض التدبير وقال محمد يسعى الساعة وجد قول محمد على ما ذكر
في الاستيلاد وهو ان الشريك لما لم يصدق في اقراره عليه انقلب عليه اقراره
وثبت التدبير في نصيبه وانما يتوقف ابي نصيب المنكر لعدم تحزي التدبير
عنده فقد افسد نصيب المنكر وقد تعذر ايجاب الضمان عليه للمنكر لتكذيبه

اياه ويسعى الجارية كما لو انشأ التدبير في نصيبه ومن اصل ابي حنيفة
رحمه الله ان التدبير يتجزى فالتدبير نصيبه باقراره بالتدبير على صاحبه
مدبرا كما لو دبر احد الشريكين نصيبه الا يبقى نصيب الاخر على حاله
وله التدبير والاستسعاء والترك على حاله الا انها هنا لو اختار
السعاية فانما يستسعيها يوما ويتركها يوما لانه لا يملك جميع منافعها
فلا يملك ان يستسعيها مقدار حقه فاذا ادت عتقت نصيبه ويسعى
للمنكر في نصيبه لانه فسد نصيبه وتعذر تضمين المقر فكانه
يستسعيها وابو يوسف وافق ابا حنيفة الا انه يقول ان التدبير يتجزى
فهو يدعي التدبير على الشريك يدعي الضمان عليه موسرا كان
او معسرا فكان مبريا للاهة عن السعاية فلم يبق له حق الاستسعاء
ولا حق الاستخدام فيتوقف نصيبه والله اعلم وروي بن سماعة
عن ابي يوسف رحمه الله ان شهد كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير
او شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لكل واحد منهما
على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا او معسرين لان كل واحد منهما يدعي
حق الحرية من جهته وابرا الامة من السعاية وادعى الضمان على
شريكه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف واما محمد فوافق ابا حنيفة
في هذا الفصل لان كل واحد من الشريكين ها هنا ابرا الامة من السعاية
وادعى الضمان على شريكه وروي المعلى عن ابي يوسف رحمه الله
في عبد بين رجلين قال لاحدهما للاخر هذا ابني وابنك او ابنك
وابني فقال الاخر صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك
قال محمد في الزيادات في صبي لا يعقل في يد رجلين قال احدهما للاخر
هو ابني وابنك فصدقه صاحبه وانما كان كذلك لانه لما قال هو
ابني فلما قال هذه المقالة ثبت نسبه منه لوجود الاقرار منه بالسبب
في ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك قال محمد رحمه الله لو
قال هذا ابنك وسكت فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابني منه

هو موقوف فان قال صاحبه هو ابني دونك فهو كما قاله لانه لما اقر له
بالنسب ابتداء وسكت فقد استمر اقراره ووقف على التصديق فقوله بعد
ذلك ابني يتضمن ابطال الاقرار فلا يسمع فاذا وجد التصديق من المقر له
ثبت نسبه حتى قال فان قال المقر له ليس بابني ولكنه ابنك او قال
ليس بابني ولا ابنك او قال ليس بابني وسكت فليس بابن واحد منهما
في قياس قول ابي حنيفة وقال محمد ان صدقه فهو ابن المقر له وان كذبه
فهو ابن المقر وهذا فرع اختلافهم فيمن اقر لعبده انه ابن فلان فكذبه
المقر له وادعاه المولى انه لم تصح دعوته في قول ابي حنيفة وفي
قولهما يصح وجه قولهما انه كذبه المقر له فقد بطل اقراره كما في
الاقرار بالمال واذا بطل اقراره لحق به الغرم فجاز ان يدعيه
لنفسه ولابي حنيفة انه لما اقر بالنسب لغيره فقد زعم انه ثابت
النسب منه فيكذبه بنفي ثبوت النسب من الغير في حقه قال السمع
دعواه ولو قال هو ابني وابنك فهو ابن الثاني لانه لما قال هو ابني
فقد صدقه فيثبت نسبه منه فاقراره بعد ذلك لقوله انبك
لم يصح قال محمد رحمه الله فان كان هذا الغلام يعقل فالرجوع
اليه تصديقه لانه اذا كان عاقلا كان في يد نفسه فلا تقبل
دعوي النسب عليه من غير تصديقه قال وان كان الولد ابن
امة ولدت في ملكهما فكما قال في الجواب كالاول في النسب اذ على قول ابي
حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه وعلى قولهما يثبت قال
والاقدام ولد لمن يثبت النسب منه لان الاستيلاد يتبع النسب وفي
هذا النوع ما اذا اشترى رجل ان جارية فجاءت بولدين في ملكهما لستة
اشهر فصاعدا وادعى احدهما ان الولد ابنه وادعى الاخر ان الجارية
بنته وخرج الدعوتان معا فالدعوة دعوة من يدعي الولد ودعوة
مدعي الام باطلة لان مدعي الولد دعوته دعوة استيلاد والاستيلاد
يستند الى وقت العلوق ومدعي الام دعوته دعوة تحرير والتحرير

يثبت

يثبت في الحال ولا يستند لكانت دعوة مدعي الولد سابقة فيثبت
نسب الولد منه ويصير نصيبه من الجارية ام ولد له ويتعلق نصيب
شريكه منها اليه فكانت دعوي الشريك دعوي فيما لا يملكه فلا تسمع
وهل يضمن مدعي الولد نصف قيمة الام ونصف عقرها قال محمد
رحمه الله يضمن وذكر في الجامع ان هذا قياس قول ابي حنيفة وفي
رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف رحمه الله وروي ابن سماعة
عن ابي يوسف انه لا شيء على مدعي الولد من قيمة الام ولا من عقرها
ولا شيء له ايضا على مدعي الام فان كذب مدعي الام نفسه فله نصف
قيمة الام ونصف عقرها على مدعي الولد وذكر الكرخي ان هذا
القول اقيس ووجهه ان مدعي الام اقر انها حرة الاصل فلا يثبت
له التضمين وان رجع عن دعواه وكذب نفسه ثبت له حق الضمان
الذي اعترف به له لشريكه وجه قول ابي حنيفة ومحمد واحدي الروايتين
عن ابي يوسف انه لما ثبت نسب الولد من المدعي فقد صار نصيبه من
الجارية ام ولد له وكذا نصيب شريكه لعدم تجزي الجارية في حق
الاستيلاد فيما يحتمل النقل فصار متملكا نصيب شريكه عليه ولا يجوز
تملك مال الغير الا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الام ويضمن
له نصف عقر الجارية ايضا لان الوطي لاقاها ونصفها مملوك للشريك
فما صادف ملك غيره يجب به العقر واما قوله ان مدعي الام اقر انها
حرة الاصل فالجواب من وجهين احدهما انه لما قضي بكونها ام ولد
للمدعي فقد صار ملكه باشرا فبطل اقراره والثاني ان مدعي المشتري انه اشتري
الدار بالف وادعي البائع البيع بالفين واقام البائع البينة وقضي
القاضي بالالفين ان الشفيع يأخذ بالالفين من المشتري واذا سقط
من المشتري الاقرار بالشراء بالالف لما انه كذب شرعا كذا هذا
والثاني ان اقراره جر بهما وجد بعد ما حكم بزوالها عن ملكه لانها
حملت زائلة عنه من وقت العلوق فلم يصح اقراره فلم يصر اقراره

ابرا اباه عن الضمان كما في مسئلة الشبهة ومن مسايل دعوى الولد
اذا كاتب الرجل امته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى
ثبت نسبه منه صدقته ام كذبته وسواء جاءت بالولد لستة اشهر او لاكثر
اولا قل فان نسب الولد يثبت على كل حال واذا ادعاه لان المكاتبة
باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكا له ودعوة المولى ولد امته
لا تقف على التصديق وعتق الولد لان نسبه ثبت من المولى ولا ضمان
عليه فيه لان المولى ولا ضمان عليه فيه لان عرض المكاتبة عتقها وعتق
اولادها وقد حصل لها هذا العرض فلا يضمن لها شيئا ثم ان
جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر فعليه العقر لانه تبين ان الوطي
في حال الكتابة وان جاءت به لاقل من ستة اشهر فقد كاتبهما فلا عقر
عليه لانه علم ان وطيها قبل الكتابة والمكاتبة بالخيار ان شاءت
مضت على كتابتها وان شاءت عجزت نفسها لان الحرية توجهت
اليهما من وجهين ولها في كل واحد منهما عرض صحيح لان
بالكتابة يتعجل لها الحرية وبالاستيلاد تسقط عنها السعاية
فكان التخيير مفيدا فكان لها الخيار ايهما شاءت وان ادعى المولى
ولد جارية المكاتب له وقد علمت بذلك ملك المكاتب فانه يرجع الى
تصديق المكاتب فان كذبه المولى لم يثبت نسب الولد ولا تصير
الجارية ام ولده وكانت الجارية وولدها مملوكين وان صدقه فكان
الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد وذكر محمد رحمه الله في الزيادات
ولم يحك خلافا وكذا ذكر في الدعوى الا انه قال استحسن ذلك اذا كان الحبل
في ملك المكاتب وهذا يشير الى ان القياس ان لا تعتق الولد وان صدقه
المكاتب وهو رواية عن ابي يوسف وروى بن سماعة في نوادره
عن ابي يوسف ان المولى يصدقه لغير تصديق للمكاتب وجه النياب
انه لما لم يقبل قوله لغير تصديق فلزم مع التصديق لان المكاتب
ملك التحرير بفسد فلا يملك التصديق بالحرية ايضا وجه الرواية

الاخرى

الاخرى لابي يوسف ان حق الرجل في مال مكاتبه اقوى من حقه في مال
ولده فلما يثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق فهنا اولى
وجه هذه الرواية ان حق المكاتب في كسبه اقوى من حق المولى بدليل
انه لا يملك التزوج من يده فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب
بمنزلة الاجنبي فيتوقف صحة دعوته على تصديق المكاتب فان صدقه
كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لانه يثبت ولد المغرور
لثبوت الملك في الام من وجه دون وجه لان ملك الاب في المكاتبة
للمولى كالمغرور انه يثبت له الملك في الام ظاهرا والمستحق حقيقة
وولد المغرور حر بالقيمة قال محمد رحمه الله في الزيادات اذا اشترى
المكاتب امة حاملا فادعى مولاها ولدها او اشترى عبد اصغيرا
فادعاه لم تجز دعوته الابا لتصديق كما في المسئلة الاولى الا ان
هناك اذا صدقه ثبت النسب والعتق وها هنا اذا صدقه الكاتب
ثبت نسبه ولا عتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاد لوجود العلوق
في الملك وهذه الدعوة ليست دعوة استيلاد لعدم المملوك في الملك
فكانت دعوة تحرير والمولى لا يملك تحريره الا ترى لو اعتقه لا يصح
الا ان النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق
الا ترى ان من ادعى ولد امة اجنبي فصدقه مولاها ثبت النسب
ولا عتق في الحال كذا ها هنا **فصل** واما صفة الاستيلاد فالاستيلاد لا يتجزى عند ابي يوسف ومحمد كالتدبير وعند ابي
حنيفة هو متجزء الا انه قد يتكامل عنده وجود سبب التكامل وشرطه
وهو امكان التكامل وقيل انه لا يتجزى عنده ايضا لكن فيما يحتمل
التقل فيه واما فيما لا يحتمل فهو متجزء عنده وبيان هذا فيما ذكرنا
فيما تقدم في الامة التي بين اثنين جاءت بولد فادعاه احدهما ان
كلما صارت ام ولد له وان ادعياه جميعا صارت ام ولد لهما جميعا
ثم ام الولد الخالصة اذا اعتقها المولى نصفها عتق كلها بالاجماع

وكذا اذا كانت بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه عتق جميعها بلا خلاف
لكن عندهما لعدم تجزي الاعتاق وعنده لعدم الفائدة في بقاء حكم الاستيلاد
في الباقي لان اعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما بينا في كتاب
العتاق ولاضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول ابي
حنيفة وسيأتي الفرق بين المدبر وبين ام الولد في هذا الحكم ان شاء الله
تعالى ولو كاتب مدبره صار نصيب المدعي ام ولد عند ابي حنيفة ويبقى
الكتابة وعندهما يصير الكل ام ولد للمدعي وتفسخ الكتابة في النصف
وهي من مسائل كتاب المكاتب **فصل** واما حكم الاستيلاد فنوعان
ايضا كحكم التدبير احدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثاني يتعلق
بما بعد موته اما الاول فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية
عندعامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسي وداود بن علي الاصبهاني
لاحكم له في الحال وعلى هذا ينبني جملة من الاحكام فلا يجوز بيع ام
الولد عند العامة وعندهما يجوز واحتجا بما روي عن جابر بن عبد الله
الله قال كنا نبيع امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولانها مملوكة له بدليل انه حل له وطيها ولا حل الوطي الا في الملك
وكذا يصح اجارتها وكتابتها فدل انها مملوكة له فيجوز بيعها كالبيع
القن ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال في ام ابراهيم اعتقها ولدها ظاهر يقتضي ثبوت
حقيقة الحرية للحال او الحرية من كل وجه الا انه تأخر ذلك الى ما بعد الموت
فلا اقل من انعقاد سببا للحرية للحال او الحرية من كل وجه الا انه
تأخر ذلك الى ما بعد الموت فلا اقل من انعقاد سببا للحرية او الحرية
من كل وجه وكل ذلك يمنع جواز البيع وروي ان سعيد بن المسيب
سئل عن بيع امهات الاولاد فكان ان الناس يقولون ان اول من امر
بتعتيق امهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك لكن رسول الله صلى
الله عليه وسلم اول من اعتقهن ولا يجعلن في الثلث ولا يستعين في دين

وعن

وعن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد
وان لا يبعن في الدين ولا يجعلن في الثلث وكذا اجماع التابعين على انه لا يجوز
بيع ام الولد فكان قول ابن عمر واصحاب الظواهر مخالفا للاجماع فكان باطلا
ومن مشايخنا من قال عليه اجماع الصحابة ايضا لما روي عن علي رضي الله عنه
انه سئل عن بيع امهات الاولاد فقال كان رأيي ورأي عمر ان لا يبعن ثم
رأيت بيعهن فقال له عبيدة السلماني رأيك مع الجماعة احب الي من
رأيك وحدك وفي رواية اخرى قال علي رضي الله عنه اجمع رأيي ورأي
عمر في الناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق امهات
الاولاد ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن في الدين فقال عبيدة رأيك ورأي
عمر في الجماعة احب الي من رأيك في الفرقة فقول عبيدة في الجماعة اشارة
الى سبق الاجماع من الصحابة ثم يد الى فيجعل خلافه على انه كان لا يرى
استقرار الاجماع ما لم يتعرض العصر ومنهم من قال كانت المسئلة مختلفة
بين الصحابة رضي الله عنهم فكان على وجابر يريان بيع ام الولد لكن
التابعين اجمعوا على انه لا يجوز والاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم
عندا صحابنا لما عرف في اصول الفقه ولان ام الولد تعتق عند موت السيد
بلا اجماع ولا سبب سوى الاستيلاد السابق فعلم ان انعقد سببا
للحال لثبوت الحرية بعد الموت وانه يمنع جواز البيع لما بينا في التدبير
واما حديث جابر فيحتمل انه اراد ما البيع الاجارة لانها تسمى بيعا في
لغة اهل الدنية ولانها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة شئ مرغوب بشئ
مرغوب ويحتمل انه كان في ابتداء الاسلام حين ما كان بيع الحر مشروعا
ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال واما قوله انها مملوكة
للمستولد نعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سببا لحرية من غير حرية اصلا
وراسا وهذا القدر يكفي للمنع من جواز البيع لما ذكرنا في كتاب التدبير
وسواء كان المستولد مسلما او كافرا مرتدا او ذميا او مستامنا خرج الينا
وبارقنا وهذا ام ولده لا يجوز له بيعها لانها ام ولده لان اهلية الولد تتبع شأة

ثبت النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستأمن من دار الاسلام
بامان فقد رضي بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام ان لا يجوز بيع ام الولد وكذلك
كل تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابت لها لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية
والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك اليمين فتوجب بطلان
هذا الحق وما لا يوجب بطلان هذا الحق فانه جائز كالاجارة والاستخدام
والاستكساب والاستغلال والاستمتاع لانها تتصرف في المنفعة لا في العين
والمنافع مملوكة له والاجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لانها
بدل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا ملك اليمين قايم لان العارض وهو
التدبير لا يوثر الا في ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك
اليمين قايما وان الممنوع عنه تصرف يبطل هذا الحق وهذه
التصرفات لا تبطله وكذا الارش له لانه بدل جزء هو ملكه
وله ان يزوجها لان التزويج تمليك المنفعة ولا ينبغي ان
يزوجها حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال انها حملت منه فيكون
النكاح فاسدا ويصير الزوج بالوطي ساقيا ذرع غيره ه
فكان التزويج تعريضا للفساد فينبغي ان يحترز عن ذلك بالاستبراء
لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البايع
ولو زوجها فولدت لاقل من ستة اشهر فهو من المولي والنكاح فاسد
لانه تبين انه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب منه وان ولدت
لاكثر من ستة اشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد
للفراش على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال
فراشه بالنكاح فان ادعاه المولى وقال هذا ابني لا يثبت نسبه
منه بسبق تبوئه من غيره وهو الزوج فلا يتصور تبوئه منه
فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه في ملكه وقد اقر بحريته
فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما اذا قال لعبده هذا
ابني وهو معروف النسب من الغير ونسب ولد ام الولد يثبت

من المولى

من المولى من غير دعوة والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة
قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة او المدبرة لانها
لا يثبت نسب ولدها وان حضنها المولى وطلب منها الولد بدون الدعوة
عندنا ولا تصير فراشا بدون الدعوة ثم انما يثبت نسب ولد ام الولد
بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد ام الولد بدون
الدعوة من المولى لانه لا يتحرز عن الاعلاق اذ التحرز لخوف فوات مالية
وقد حصل ذلك مرة فالظاهر انه لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه
من حيث الظاهر فلا تمس الحاجة الى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة
فان هناك الظاهر انه لا يعلقها بل يعزل عنها حترازا عن اتلاف المالية
فلا يعلم انه منه الا بالدعوة فلا يثبت النسب الا بالدعوة فهو الفرق
والله اعلم فاذا صارت ام الولد محرمة على المولى على التابيد ان وطيها
ابن المولى او ابوه او وطي المولى اباها او ابنها فجاءت بولد لاكثر من
ستة اشهر لم يثبت نسب الولد الذي ادعي انه تبين بعد التحريم من
غير دعوة لان الظاهر انه ماؤهما بعد الحرمة فكان حرمة الوطي
كالعتق دلالة وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك وذكر
القدوري في شرحه مختصر الكرخي اصلا فقال اذا حرمت ام الولد
بما يقطع نكاح الحرة ويزيل فراشها مثل المسايل التي ذكرنا لا يثبت
نسب ولدها من مولاها الا ان يدعيه لان فراش الزوج اقوى من
فراش ام الولد وهذه المعاني تقطع فراش الزوج فلان يقطع فراش
ام الولد اولى ولذلك اذا زوجها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر
لا مما صارت فراشا للزوج فيستحيل ان تصير فراشا لغيره الا انه
اذا ادعى لحق عليه كما اذا قال لعبده وهو معروف النسب من الغير
هذا ابني وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة ولا يزيل فراشها
مثل الحيض والنفاس والاحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه
لانه محترم عارض لا يغير حكم الفراش ثم للمولى ان ينفي ولد ام الولد

من غير لعان اما النفي فلانه يملك العزل عنها بغير رضاها فاذا
اخبر عن ذلك فقد اخبر عن ملك فكان مصدقا واما النفي من غير لعان
فلان فراش ام الولد اضعف من فراش الحرة وهذا اصل يذكر في كتاب
الدعوى ان الفراش ثلثة قوي وضعيف ووسط فالقوي هو فراش
النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوى فلا ينتفي الا باللعان
والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوى //
والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب فيه من غير حرة وينتفي
من غير لعان لانه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتقال بالنفي
بخلاف فراش الزوج ثم انما ينتفي بالنفي اذا لم يقض به القاضي اولم
تتطاول المدة فاما اذا قضى القاضي به او تطاولت المدة فلا ينتفي
به لانه تاكد بقضاء القاضي فلا يحتمل النفي بعد ذلك وكذا تطاول
المدة من غير ظهور النفي اقرار منه دلالة والنسب المقر به لا ينتفي
بالنفي ولم يقدر ابو حنيفة رحمه الله لتطاول المدة تقديرا وابو يوسف
ومحمد قدراه بمدة النفاس اربعون يوما وقد ذكرنا في ولد ام الولد
من غير مولاها بمنزلة الام بان زوج ام ولده فولدت ولد الستة
اشهر فصاعدا من وقت التزوج لان الولد يتبع الام في الرق
والحرية وقد ثبت حق الحرية في الام فليسري الى الولد فكان حكمه
حكم الام في جميع الاحكام هذا اذا استولد جارية في ملكه فان
كان استولدها في ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم
ولدها ولدا من غير زوج اخر بان استولدها ثم فارقها وزوجها
المولى من اخر فجاءت بولد ثم ملكها يوما الدهر وولدها صارت
الجارية ام ولده عند اصحابنا ولا يصير ولدها ولدام ولد
حتى يجوز بيعه في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا ملك
من ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد ام ولده
حيث ثبت فيه حكم الام وجه قوله انه وان كان في ملك الغير

لكنه

لكنه ملكها فقد صارت ام ولده عندنا صحابنا الثلاثة ولما صارت
ام ولد بالعلوق السابق والولد حدث احدث ذلك فيه حدث على وصف
الام فاذا ملكه يثبت فيه الحكم الذي يثبت في الام ولنا ان الاستيلاد
في الام وهو امامة الولد انما يثبت وقت ملك الام والولد ينفصل في ذلك
الوقت والسراية لا تثبت في الولد المنفصل وتعلق الدين بكسبها لا يرقبها
لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى في ديونها بالقة ما خلفت لان الدين
عليها لا في رقبتها وارش جنايتها على المولى وهو الاقل من قيمتها ومن
الارش ولسيد على المولى الاقل من قيمتها وارش الجنايات كالمدبر ويجوز
اعتاقها لما فيه من استيفاء ما هو المقصود منها وهو الحرية ولو اعتق المولى نصفها
يعتق كلها وكذا اذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه عتق
جميعها لما ذكرنا والضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد ان كان المعتق موسرا ضمن لشريكه وان كان معسرا
سعت في نصف قيمتها للشريك الذي لم يعتق ولو مات عن ام ولد بنيه
وبقي شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالاجماع لانه لا صنع له في الموت //
ويقع الاختلاف في السعاية عند ابي حنيفة لا سعاية عليها وعندهما
عليها السعاية وعلى هذا الخلاف الغصب والقبض في البيع الفاسد
انها لا تضمن في قول ابي حنيفة وعندهما تضمن ولا خلاف في المدبرة
انها تضمن بهذه الاسباب ولقب المسئلة ان ام الولد هل هي متقومة
من حيث انها مال ام غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة
وعندهما متقومة واجمعوا على انها متقومة من حيث انها نفس
ولا خلاف في ان المدبر متقوم من حيث انه مال وربما تقلب المسئلة
بان رق ام الولد هل له قيمة ام لا ذكر محمد رحمه الله في الاملاء انها
تضمن في الغصب عند ابي حنيفة كما يضمن الصبي الحر اذا غصب ثم
اذا مات من سبب حادث بان عقره سبع او نهشته حية او نحو ذلك
وجه قولهما قولهما ان ام الولد مملوكة للمولى بلا شك ولهذا يحل له وطيها

والجارية واستخدامها وكتابتها وملكه فيها معصوم لان الاستيلاد لم
يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة بالغصب والاعتاق والقبض
في البيع الفاسد كالمدبر والميل على رقبتها متقوم ان ام الولد النصراني
اذا اسلمت تخرج الى العتاق بالسعاية فلولا ان ماليتها متقومه
لعتقت مجانا ولم يكن للمولى اخذ السعاية كمدبر لاعن مالية فيها
وكذا يجوز للمولى ان يكاتبها والاعتياض انما يجوز عن مال متقوم
والدليل عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع ولابي حنيفة قول
النبي صلى الله عليه وسلم لماريه لما ولدت ابراهيم اعتقها ولدها
ظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق في الحال في جميع الاحكام
الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالاجماع والاجماع في
التقوم فكانت حرة في حق التقوم بظاهر الحديث وكذا سبب العتق
في الحال موجود وهو ثبوت نسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد
بين الواطي وبين الموطوءة ويجعلهما نفسا واحدة فتضيه ثبوت
العتق في الحال في جميع الاحكام الا انه لم يظهر في حق سائر الاحكام
بالاجماع فيظهر في حق سقوط التقوم بخلاف المدبر لان هناك
السبب وهو التدبير اضيف اليها بعد الموت لان التدبير اتمات
العتق عن دبر الا انه جعل سببا للحال لضرورة ذكرناها في بيع
المدبر والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة
في حرمة البيع لا في سقوط التقوم وهاهنا الامر على القلب من
ذلك لان السبب يقتضي السبب للحال الحكم للحال والتأخير على
خلاف الاصل والدليل على انها غير متقومة من حيث انها مال
لانها لا تسعى لغرم ولا لوارث ولو كانت متقومة من حيث انها
مال لثبت للغرم فيها وللوارث في تلثيها فيجب ان تسعى في ذلك
كما في المدبر والسعاية مبنية على هذا الاصل لان الاستسعاء
العبد يكون لقيمته ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها واما قوله

ان ملك المولى قام فيها بعد الاستيلاد والعصمة قائمة فسلم لكن قيام
الملك والعصمة لا تنتفي التقوم كملك القصاص وملك النكاح وملك
الخمر وجلد الميتة واما ام الولد النصراني اذا اسلمت فالجواب منه وجهين
احدهما انها متقومة في زعمهم واعتقادهم ونحن امرنا بتركهم وما يدينون
فاذا دانوا تقومها يتركون وذلك ولذلك جعلت متقومة كذا هذا والثاني
ان ام ولد النصراني اذا اسلمت جعل مكاتبة للضرورة اذ لا يمكن القول
بعتقها لان ملك الذمي ملك محترم فلا يجوز ابطاله عليه ولا سبيل الى
ابقائها على ملكه يستمتع بها ويستخدمها فاليه من الاذلال بالمسلمة ولا
وجه الى دفع المذلة عنها بالبيع للمسلم لحز وجهها بالاستيلاد من
محل البيع فتجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط والله لا يتيقن على
كون ما يقابله مالا متقوما كما في النكاح والخلع ثم اذا سعت تسعى
وهو رقيقة عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر تسعى وهي حرة وجه قوله
ان في الاستسعاء استذلالا بها وهذا لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان في الكلام
بينهما ابطال ملك الذمي عليه وتعلق دينه بذمة المفلس وملكه
معصوم والاستذلال في الاستمتاع والاستخدام لا في نفس الملك والا
نرى ان امة النصراني اذا اسلمت فكاتبها المولى لا يجبر على البيع وقد
خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لان ضمان القتل ضمان
الدم والنفس وانما تقومه من هذه الجهة وما ذكر محمد في الاملاء عن
ابي حنيفة فذلك ضمان القتل لانه اذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث
فقد تسبب لقتلها ونجوز كتابتهما كما يجوز اعتاقها لما فيها من تعجيل
العتق اليهما ولا تشكل الكتابة على اصل ابي حنيفة انما معاوضة ورق ام الولد
لا قيمة له فلا تجوز ان يستحق المولى عليه عوضا لان صحة المعاوضة لا تتيقن
على كون المعوض مالا اصلا فضلا عن كونه متقوما كما في النكاح والخلع فان
مات المولى قبل ان تؤدي بدل الكتابة عتقت ولا سعي عليها اما العتق فلانها
كانت ام ولد وقد مات مولاها واما العتق بغير شيء فلان الكتابة قد بطلت

لان الحرية تزحمت اليها من وجهين الاستيلاد والكتابة فاذا ثبت العتق
باحدهما بطل حكم الاخر وكذا يجوز اعتاقها عما عليه من مال وسعاها نفسها حتى اذا
قبلت عتقت والمال دين عليها لان الاعتاق على مال من باب التجيل
الحرية واما الذي يتعلق بما بعد الموت فنفسها عتقها كان معلقا شرعا
بموت المولى لما روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة
عن دبر منه وقد روينا عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال حين ولدت ام ابراهيم اعتقها ولدها ومعلوم انه لا يثبت
حقيقة العتق في حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث
ولان سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعمل في حال الحياة
فلو لم يعمل بعد الموت لتعطل السبب وتبوئ فيه للحقيقي والحكمي بالردة
واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب التدبير وكذا الحربي المستأمن
اذا اشترى جارية في دار الاسلام واستولدها ثم رجع الى دار الحرب فاسترق
الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر وكذا الغريم لان ولدها الذي
ليس من مولاها اذا اسوت امية الولد اليهما على ما بينا لان الولد يتبع الام
في الرق والحرية ومنها انها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم
بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ام الولد لا تباع ولا
توهب وهي حرة من جميع المال وروي ايضا عن سعيد ابن المسيب انه قال
امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في الدين
وان لا يجعلن في الثلث ولا يستسعين في دين وفي بعضها امر رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن في دين ولان
سبب ثبوت حرية ام الولد هو ثبوت نسب الولد وحرية النسب لا يحتمل
السعاية لذا حرية الاستيلاد وسببها ان ولاها للمولى لانها اعتقها منه لما بينا

فصل واما بيان ما يظهر به الاستيلاد فظهوره باقرار المولى ثم اذا اقر
به في حالة الصحة ان هذه الجارية قد ولدت منه فقد صارت ام ولده سواء كان

مهما ولد اولم يكن لان الاقرار في حال الصحة لا تهمة فيه فيصح ولهذا اعتقها
في الصحة تعتبر من جميع المال اذا مات المولى لان كون الولد مهما دليل
الاستيلاد فكان الظاهر شاهدا له فيصح اقراره ولان النسبة من الحوائج الاصلية
وتصرف المريض مرض الموت فيما يحتاج اليه حاجة اصلية نافذ كشراء الطعام
والكسوة وبخلاف الاب اذا لم يكن مهما ولد عتقت من الثلث لانه متهم في اقراره
في حق سائر الورثة ولم يوجد ما ينفي التهمة وهو الولد وكذا اذا لم يكن
مهما ولد لاحتياج الى النسب فيصير قوله هذا ام ولدي كقوله هذه حرة
بعد موتي فيعتق بعد موته من الثلث والله الموفق

الكلام في هذا يقع في مواضع في بيان جواز الكتابة وفي بيان ركن الكتابة وفي
بيان ما يشترط شرائط الركن وفي بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات وما لا
يملكه وفي بيان صفة الكتابة وفي بيان حكم الكتابة وفي بيان ما تنفسخ به الكتابة
اما الاول فالقياس ان لا تجوز الكتابة لما فيها من ايجاب الدين للمولى على عبده
وهو الاستحسان جائزة بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب
فقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا والندب درجات الامر الندب
فكانت الكتابة مندوبا اليها فضلا عن الجواز وقوله ان علمتم فيهم خيرا اي رغبة
في اداء العوض وقيل وفاء الكتابة وقيل حرفة وروي هذا عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير قوله خيرا اي حرفة ولا ترسلوهم كلا على
الناس واما السنة فما روي محمد بن الحسن رحمه الله باسناده عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما عبد كوتب على مائة
اوقية فاداها كلها الا عشرا واق فهو رقيق وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم وروي ان عائشة رضي الله عنها كاتبت بريرة بحضرة
النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه اجماع الامة وبعد هذا يقال ان قول
داود بن علي الاصبهاني ان الكتابة واجبة قول مخالف الاجماع وان تعلق بالظاهر
الامر لا يصح لان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يتركون

مما كلهم بعد موتهم ميراثا لورثتهم من غير تكبير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر
الوجوب واما الجواب عن وجه القياس ان المولى لا يجب له على عبده دين فهذا
على الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك في العبد القن لان الكاتب والمستسعى
والمستسعى لان كسب القن ملك المولى وكسب المكاتب والمستسعى ملكهما
لا حق للمولى فيه فكان المولى كالاجنبي عن الكسب فامكن ايجاب الدين
للمولى عليه والله اعلم **فصل** واما ركن الكتابة فهو الايجاب
من المولى والقبول من الكاتب اما الايجاب فهو اللفظ الدال على المكاتبة نحو
قول المولى لعبده كاتبتك على كذا سواء كذا فيه حرف التعليق بان يقول له
على انك ان ادیت الي فانت حر او لم يذكر عندنا وعند الشافعي لا يتحقق الركن
بدون حرف التعليق وهو ان يقول كاتبتك على كذا على انك اذا ادیت الي
فانت حر بنا على ان معنى المعاوضة اصل في الكتابة ومعنى التعليق فيها
تابع عندنا والعتق عند الاداء يثبت من حيث المعاوضة لا من حيث التعليق
بالشرط وعنده معنى التعليق فيها اصل ايضا والعتق يثبت من حيث التعليق
فلا بد من حرف التعليق وما قلنا اولى بدليل انه لو ابراه عن بدل الكتابة
عتق ولو كان ثبوت العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم
الشرط وهو الاداء وكذا لو مات العبد انتقل حق الفدیة الى ورثته وفي كل
شهر كذا فقبل او قال اذا ادیت الي الف درهم كل يوم منها فانت حر
فقبل او نحو ذلك من الالفاظ لان العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ
واما القبول فهو ان يقول العبد قبلت او رضيت او ما اشبه ذلك واذا وجد الايجاب
والقبول فقد تم الركن ثم الحاجة الى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه
مقصودا لا تبعا كالولد المولود في الكتابة والولد المشترى او الوالدين على
ما ذكرنا لان الاتباع كما لا يفرد بالشرط لا يفرد بالركن لما فيه من قلب الحقيقة
وموجب البيع متبوعا وهذا لا يجوز **فصل** واما شرائط الركن
فانواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها يرجع الى المكاتب وبعضها يرجع الى بدل
الكتابة وبعضها يرجع الى نفس الركن ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ

وبعضها

وبعضها شرط الصحة اما الذي يرجع الى المولى فمنها العقل وانه شرط الانعقاد
فلا تنعقد الكتابة من المجنون والصبي الذي لا يعقل ومنها البلوغ وهو شرط
الانعقاد ايضا حتى لا تنعقد الكتابة من الصبي العاقل وان كان حرا ما
والتجارة من قبل الولي او الوصي لان الكتابة ليست بتجارة اذ التجارة مبادلة
المال بالمال والكتابة ليست كذلك وليست من توابع التجارة ولا من ضروراتها
ولهذا لا يملكها العبد المأذون والشريك شركة عنان والمضارب لما قلنا وله ان يكاتب
عبده باذن ابيه او وصيه لان الاب او الوصي يملكان العقد باعتبارهما فيملكان
الاذن به للصبي اذا كان عاقلا ومنها الملك او الولاية وهذا من شرائط النفاذ
لان الكتابة فيها معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما عند الانفراد
لا يصح بدون الملك والولاية كذا عند الاجتماع فلا تنفذ الكتابة من الفضولي
لانعدام الملك والولاية وتنفذ من الوكيل لانه نائب الموكل فكان تصرفه
كتصرف الموكل وكذا من الاب والوصي استحسانا والقياس ان لا تنفذ وجه القياس
ان الكتابة تصرف يفضي الى العتق وهما لا يملكان الاعتاق لا بغير بدل ولا بدل
كالاعتاق على مال وبيع نفس العبد منه وجه الاستحسان ان الكتابة من باب
اكتساب المال ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والاجارة بخلاف الاعتاق على مال
وبيع نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الاتلاف لان
العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال وينافي في ذمة المفلس فان اقر الاب
او الوصي بقبض بدل الكتابة فان كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر
من الشهود يصدق ويلزم الكاتب لانه امين في قبض الكتابة فكان مصدقا
كالوكيل بالبيع اذا باع ثم اقر بقبض الثمن وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره
ولا يعتق العبد لان الكتابة اذا لم تكن ظاهرة كان ذلك اقرارا منه باستيفاء الدين
فيصح اقرار ولي الاب او الوصي ثم ادرك الولي الصبي فلم يرض بالكتابة
فالكتابة ماضية الا انه ليس للاب والوصي ان يقبض بدل الكتابة لانه انما
كان يملك القبض بولايته لا بما شرته العقد لان حقوق العقد في الكتابة ترجع
الى من عقد له لا الى العاقد وقد زالت ولايته ولا بما شرته العقد لان حقوق

العقد في المكاتبة ترجع الى من عقد له لا الى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ
بخلاف الوصي اذا باع شيئا ثم ادرك اليتيم له ان يقبض لان حقوق البيع ترجع
اليه وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع الى العاقد هذا اذا كانت الورثة
صغارا فان كانوا كبارا لا يجوز للوصي ان يكاتب ولا للاب لزوال ولايتهما
بالبلوغ سواء كانوا حضورا او غيبا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف
وهذا بخلاف البيع ان الوارث الكبير اذا كان غائبا ان للاب او الوصي ان يبيع
المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ لان الحفظ ثمة اسير من حفظ عينه
وبيعها ولاية الحفظ وليس في الكتابة حفظ فلا يملكها وان كانت الورثة صغارا
او كبارا ذكر في الاصل انه لا يجوز ثم اختلف في هذا الاطلاق قال بعضهم معناه
انه لا يجوز في نصيب الكبار والصغار جميعا لانه اذا لم يجز في نصيب الكبار لم
يكن في جوازه في نصيب الصغار فائدة لان لهم ان يفسخوا العقد وصار هذا
كعبد بين اثنين انه يمنع احدهما عن كتابة عن نصيبه الا برضا شريكه لانه
لو فعل نفيذا ذن شريكه كان لشريكه ان يفسخ فلم يكن فيه فائدة كذا هذا ولو
كان على الميت دين فكاتب الوصي عبده من تركته لم يجز كذا ذكر في الاصل ولم
يفصل بينما اذا كان الدين محيطا بالتركة او لم يكن اما اذا كان محيطا بالتركة
فلان حق الغرماء يكون متعلقا بما في المكاتبة تتضمن ابطال حقهم لانها لو صحت
لصارت حقوقهم موجلة وحقوقهم معجلة فلا يملكه تأجيلها بالكتابة واذا كان
غير محيط بالتركة فكذلك لان ذلك القدر من الدين يتأجل بتسليمه فيتضرر
الغريم الا ان يختار استيفاءه من غيرها فيجوز لان عدم الجواز لحق الغريم
فاذا استوفى من محل اخر فقد زال الحق فزال المانع من الجواز وذكر القدوري
ان المسئلة محمولة على ما اذا كان الدين محيطا بالتركة بان لم يكن للميت مال
غير العبد لانه اذا كان هناك مال اخر يقضي به الدين فحق الغرماء لا يتعلق
بنفس العبد لان التعلق لحاجتهم الى استيفاء دينهم وانه يحصل بدونه
ولانه لو تعلق قليل الدين بالتركة لادى الى الحرج لان التركة لا تخلو عن قليل
دين ولا يجوز لاحد الوصيين ان يكاتب نفيذا ذن صاحبه في قول ابي حنيفة

ومحمد

٤١٢

ومحمد رح يجوز في قول ابي يوسف واصل المسئلة ان هل لاحد الوصيين ان يتصرف
في مال اليتيم نفيذا ذن صاحبه نفيذا ذن صاحبه فهو على الخلاف الذي ذكرنا
وهي من مسائل كتاب الوصايا ولوصي الوصي ان يكاتب لانه قايم مقام
الوصي وسواء كان المملوك محجورا او ماذونا بالتجارة وعليه دين او لا دين
عليه لان الدين لا يوجب زوال الملك فتنفذ الكتابة الا انه اذا كان عليه دين
محيط او غير محيط للغرماء ان يردوا والكتابة لانها حق استيفاء الدين من رقبته
فتؤبا لكتابة اراد ابطال حقهم فكان لهم ان ينقضوا كما لو باعه وعليه دين محيط
او غير محيط ان البيع ينفذ لكن للغرماء ان ينقضوا الا اذا قضى المال دينهم
من مال اخر قبل ان ينقضوا فليس لهم ان ينقضوا وصحت الكتابة لانها
رفعت حايزة لوقوعها في الملك الا انه كان للغرماء النقض لقيام حقهم فاذا
قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت حايزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين
على المكاتب لانه بقضاء الدين اصلح مكاتبته فكان عاملا لنفسه وكذا لو ابى المولى
ان يقضي الدين واداه الغلام عاجلا صحت المكاتبة لما قلنا ولا يرجع المولى
على العبد بما ادى لما قلنا فان كان المولى اخذ البدل ثم علم الغرماء فلهم
ان ياخذوا من المولى ما اخذ من بدل الكتابة لانه كسب العبد المديون وانه
يوخذ من المولى وان عتق واقع اما من طريق المعاوضة لسلامة العوض
للمولى واما من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط وهو ادا البدل الكتابة
والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض فان من بقي من دينهم شيء كان لهم
ان يضمنوا المولى قيمته لاتلافه محل حقهم في قدر قيمة العبد حيث
منهم من يبعد بوقوع العتق ولهم ان يبيعوا العبد ببقية دينهم لان الدين
كان دينا في ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة
فكان لهم ان يتبعوه ولا يرجع المولى على العبد بما اخذ منه من بدل الكتابة لان
المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغوله بالدين فكان مكاتبته مع علمه ان الغرماء
احق فكسبه منه دلالة بما اخذ منه ولو كان العبد مرهونا او مواجرا فكاتبه ونفذت
المكاتبة على اجازة المرتهن والمستاجر فان اجاز اجاز وان فسخا هل ينفسخ

بينهما فهو على ما يذكر في كتاب البيوع والاجارات ان شاء الله تعالى وسواء كان
المملوك قنا او غيره حتى لو كاتب مدبره او ام ولده جازت المكاتبة لقيام الملك
اذ التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك وهما من باب استحقاق الحرية فان ادى
وعتقا فقد مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء عتقا ايضا ولا شيء عليهما لانهما
لم يعتقا بموت السيد هذا اذا كانا يخرجان من الثلث فان كانا لا يخرجان من
الثلث ام الولد تعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى واما المدبر فله الخيار
في قول ابي حنيفة ان شاء سعى في ثلثي القيمة اذا كان لا مال غيره فاذا اختار
السعاية في ثلث قيمته يسعى حالا وعند ابي يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند
ابي يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وعند محمد
يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة وقد ذكرنا المسئلة في كتاب
الاستيلاد ومنها الرضا وهو من شرائط الصحة فلا تصح الكتابة مع الاكراه
والهزل والخطا لانها من التصرفات التي تحتمل الفسخ فيفسدها الكره والهزل
والخطا كالبيع ونحوه واما حرية المكاتبة فليست من شرائط جواز الكتابة فتصح
مكاتبة المكاتب لما تذكر وكذا اسلامه فتجوز مكاتبة الذمي عنده خلافا
لقول النبي صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما على المسلمين ان يكاتبوا عبيدهم فكذا لاهل الذمة ولان الكتابة مشتملة
على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه الذمي حالة الانفراد
وكذا عند الاجتماع وكذا الذمي اذا ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جائز وهذا
نوع اصلنا في شراء الكافر العبد المسلم انه جائز الا انه يجبر على بيعه صيانة له
عن الاستذلال باستخدام الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال
ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالكتابة واما مكاتبة المرتد فموقوفة عند
ابي حنيفة فان قتل او مات على الردة او لحق بدار الحرب بطلت وان اسلم
نفذت وعندهما هي نافذة وهذه من مسايل السير والله الموفق

واما الذي يرجع الى المكاتب فانواع ايضا منها ان لا يكون فيه خطر العدم
وقت المكاتبة وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما في بطن جاريته لم ينعقد لنهي

النبي

لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما في بطن امه ولان الكتابة فيها معنى البيع ومنها
ان يكون عاقلا وهو من شرائط الانعقاد حتى لو كاتب الرجل عبدا مجنونا او
صغيرا لا يعقل لم تنعقد مكاتبته لان القبول احد شطري الركن واهلية القبول
لا تثبت بدون العقل ولان ما هو المقصود من العقد وهو الكسب لا يحصل
منه فان كاتبه فاداه عنه رجل فقبل المولى لا يعتق لان العقد لا ينعقد
بدون القبول ولم يوجد فكان اداء الاجنبي اداء من غير عقد فلا يسقط
وله ان يسترد ما ادى لانه اداه بدلا عن العتق ولم يسلم العتق ولو قبل عنه
الرجل الكتابة ورضي المولى لم يجز ايضا لان الرجل قبل الكتابة عن غيره من
غير رضاه ولا يجوز قبول الكتابة عن غيره بغير رضاه وهل يتوقف على اجازة
العبد بعد البلوغ ذكر القدوري انه لا يتوقف وذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي انه يتوقف والصحيح ما ذكره القدوري لان تصرف الفضولي انما
يتوقف على الاجازة اذا كان له مجيز وقت التصرف وها هنا لا مجيز له وقت
وجوده اذ الصغير ليس من اهل الاجازة فلا يتوقف بخلاف ما اذا كاتب
العبد كبيرا غايبا فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضي المولى ان الكتابة يتوقف
على اجازة العبد لانه من اهل الاجازة وقت قبول الفضولي عنه فكان له مجيز
وقت التصرف فيتوقف فلو ادى القابل عن الصغير الى المولى ذكر في الاصل
انه يعتق استحسانا وجعلة بمنزلة قوله اذا اديت الي كذا فعبدي حر
وقال ههنا والكبير سواء والقياس ان لا يعتق لان الكتابة على الصغير لم
تنعقد لانه ليس من اهل القبول فبقي الاداء بغير مكاتبة فلا تعتق وجه
الاستحسان ان للكتابة فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق والمولى
ان كان لا يملك الزام العبد العوض لكن يملك تعليق عتقه بالشرط فيصح
من هذا الوجه تعليق العتق بوجود الشرط واذا كان العبد كبيرا غايبا فقبل
الكتابة عنه فضولي واداها الى المولى تعتق استحسانا وليس للقابل استرداد
الموجي المودي والقياس ان لا تعتق وله ان يسترد لما قلنا هذا اذا ادى
الكل فان ادى البعض فله ان يسترد قياسا واستحسانا لانه انما ادى

دادا

من شرائط الصحة فلا تصح مكاتبة المسلم عبده المسلم او الذمي على
الخمر والخنزير لان الخمر وان كانت مالا في حق المسلمين فهي غير متقومة
في حقهم فالعقد المكاتبة على الفساد فان ادي لا يعتق وعليه قيمة نفسه
لان هذا حكم المكاتبة الفاسدة على ما يذكر في بيان حكم المكاتبة واما
الذمي فتجوز مكاتبة عبده الكافر على خمر او خنزير لان ذلك مال متقوم
عندهم كالخل والشاة عندنا فان كاتب عبد الكافر على خمر فاسلم احدهما
فالمكاتبة ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لان المكاتبة وقعت صحيحة لكون
الخمر مالا متقوما في حقهم الا انه اذا اسلم احدهما فقد تعذر التسليم او التسلم
او التسلم لان المسلم منهي عن ذلك فيجب قيمتها ولا تنفسخ العقد بخلاف
ما اذا اشتري الذمي من ذمي شيئا بخمر ثم اسلم احدهما قبل قبض الخمر
ان البيع يبطل وها هنا لا تبطل المكاتبة لان عقد المكاتبة مبناه على
المسامحة والمسامحة نظر للعبد ايضا لانها من اسباب شرف الحرية فلا تنفسخ
بتعذر تسليم المسمى او تسلمه بل يصار الى بدله واما البيع فينفسخ
بما كسد ومضايقه لا يجري فيه من المسامحة ما يجري في المكاتبة فينفسخ
عند تعذر تسليم عين المسمى واذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة
مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها ان يكون معلوم النوع والقدر سواء
كان معلوم الصفة اولا وهو من شرائط الانعقاد فان كان مجهول النوع
او مجهول القدر لم ينعقد وان كان معلوم الصفة اولا وهو من شرائط
الانعقاد فان كان مجهول النوع او مجهول القدر لم ينعقد وان كان
معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة والاصل ان الجهالة
متى تمحضت مفسدة جواز المكاتبة والا فلا وجهالة النوع والقدر جهالة
فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فانه روي عن عمر رضي الله عنه
انه اجاز الكتابة على الوصفاء محضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون
اجماعا على الجواز والاجماع على الجواز اجماع على سقوط اعتبار هذا
النوع من الجهالة في باب المكاتبة وبيان هذا الاصل في مسايل اذا كاتب

لم يسلم العتق والعتق لا يسلم له باداء البعض بدل الكتابة فكان له ان يسترد
الا اذا بلغ العبد فاجاز قبل ان يسترد القابل فليس له ان يسترد بعد ذلك
لان باجازته استند جواز العقد الى وقت وجوده فلا اداء حصل عند عقد
جايز فلا يكون له الاسترداد فلو ان العبد عجز عن اداء الباقي وقد في الرق
فليس له ان يسترد ايضا وان رد العبد في الرق لان للكتابة لا تنفسخ
بالرد في الرق بل ينتهي في المستقبل فكان حكم العقد قايما في القدر
المودي فلا يكون له الاسترداد بخلاف البيع واذا باع شيئا ثم نزع الثمن
باداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد بالعيب له بوجهه من الوجوه ان للمتبرع
ان يسترد ما دفع لان الدفع كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك العقد
وكذلك لو تبرع رجل باداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول
ان يسترد منها النصف لان الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه ولو
كانت النفقة من قبلها قبل الدخول بها فله ان يسترد كل المهر ولا يكون
المهر للزوج بل يكون للمتبرع لانفساخ النكاح هذا كله اذا ادى القابل
فلو امتنع القابل عن الاداء الا بكفيل بالاداء الا اذا ضمن فحينيذ ليوخذ بذلك
الضمان كما طلبوه فليس لشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء جازت
الكتابة ويكون كالكبير في جميع احكامه عندنا خلافا للشافعي لان المكاتبة
اذن في التجارات واذن الصبي العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهي
من مسايل كتاب الماذون **فصل** واما الذي يرجع الى بدل الكتابة
فمنها ان يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد الكتابة على المنفعة
والدم لانهما ليسا بمال في حق احد لا في حق المسلم ولا في حق الذمي
الا ترى ان المشتري بما لا يملك وان قبض فلا تنعقد عليهما المكاتبة حتى
لا تعتق وان ادى لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا ترى
ان قال على انك اذا اديت الي فانت حر فادى فانه لا يعتق بالشرط واذا اعتق
بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته لان هذا ليس بمكاتبة انما هو اعتاق معلق
بالشرط ومنها قوله ان دخلت الدار فانت حر ومنها ان يكون متقوما وانه

عبده على ثوب اودابة اوحيوان اودار لم تنعقد حتى لا يعتق وان ادى لان
الثوب والدار والحيوان مجهول النوع لاختلاف انواعه كجنس واشخاصه
اختلافا متفاحشا وكذا الدور تجري مجرى الاجناس المختلفة لتفاحش
التفاوت بينه دار ودار في القيمة والتقطيع وفي القيمة باختلاف المواضع
من البلدان والمحال والسكك ولهذا امتنعت هذه الجهالة صحة التسمية
في الاعتاق على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه
الاشياء لكثرة التفاوت في انواعها واشخاصها بمنزلة الاجناس المختلفة
فيصير كانه كاتبه على ثوب اوحيوان اودار فادى طعاما ولو كان كذلك
لا يعتق فكذا هاهنا لا يعتق وان ادى على الثياب والدواب والدور بخلاف
ما اذا كاتبه على قيمته فادى القيمة اذ لا يعتق لان التفاوت بين القيمتين
لا يلحقهما بجنسين فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد لانها تبطل له
وان كاتبه على ثوب هروي اوعبد اوجارية اوفرس جازت المكاتبة
لان الجهالة ها هنا جهالة الوصف اذ جيد اووسط اوردي واما
لا تمنع صحة التسمية كما في النكاح فالخلع والاصل ان الحيوان يثبت دينا
في الذمة في مبادلة المال بغير المال كما في النكاح فالخلع والاصل ان الحيوان
يثبت دينا في الذمة في مبادلة المال بغير المال كما في النكاح ونحوه فتصح
التسمية ويقع على الوسط كما في باب الزكوة والدية والنكاح وكذا لو
كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط ولو جاء العبد بقدر الوسط في
هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما في النكاح والخلع ونحوهما ولو كاتبه
على لولوة اوياقوتة لم تنعقد لان الجهالة متفاحشة ولو كاتبه على كر
حنطة اوما اشبه ذلك من المكيل او الموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط
كما في جنسه لانه يثبت دينا في الذمة في مبادلة المال بالمال اذا كان موصوفا
ويثبت في مبادلة المال بما ليس بمال وان لم يكن موصوفا كالنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والمكاتبة معاوضة ما ليس
بمال من جانب المولى فتجوز المكاتبة عليه ويجب الوسط ولو كاتبه على حكمه

او

او حكم نفسه لم تنعقد لان الجهالة ها هنا افحش من جهالة النوع
والقدر لان البدل هناك مسمى ولا تسمية للبدل ها هنا واسما كانت
الجهالة ها هنا اكثر والى هذا اشار في الاصل فقال رايته لو حكم
المولى عليه عمل الارض ذهبا كان يلزمه او حكم العبد على نفسه بفلس
هل كان يلزمه فلم ينعقد العقد اصلا فلا يعتق بالحكم وان كاتبه على الف
الى العطاء او الى الدياس او الحصاد ونحو ذلك مما يعرف من الاجل
جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الاجل مجهول وجهالة الاجل
تبطل البيع فتبطل الكتابة وجه الاستحسان ان الجهالة لم تدخل
في صلب العقد لانها لا ترجع الى البدل وانما دخلت في امر زايد في
غير متفاحشة فلا توجب فساد الكتابة كجهالة الوصف بخلاف البيع
الى هذه الاوقات انه يفسد لان الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها
بل لافضائها الى المنازعة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة فيفضي
الى المنازعة ولهذا جازت الكفالة الى هذه الاوقات ولم يجز اجيل
الثمن اليها في البيع بخلاف الكتابة الى مجيء المطر وهبوب الريح لانه ليس
كذلك وقت معلوم فتمحضت الجهالة فاذا كاتبه الى العطاء فان العطاء
فان الاجل يحل في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه العطاء لان المراد منه
في العرف والعادة وقت العطاء حين العطاء وكذا هذا في الحصاد والدياس
ولو كاتبه على قيمته فالكتابة فاسدة لان القيمة تختلف باختلاف
تقويم المقومين فكان البدل مجهول القدر والجهالة متفاحشة
ولهذا امتنعت صحة التسمية في باب النكاح حتى عدل الى مهر المثل
فيمنع صحة الكتابة بل اولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البدل
والاجواز للكتابة من غير تسمية البدل فلما لم تصح تسمية القيمة
هناك فلان لا تصح ها هنا اولى ولان القيمة موجب العقد الفاسد
فكان ذكرها فسادا في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على عبد لان جهالة العبد
جهالة الوصف انه جيد او وسط او ردي فعند الاطلاق يقع على الوسط

والوسط معلوم عندهم الا تري ان ابا حنيفة رحمه الله جعل قيمة الوسط
الربين دينارا فاما المكاتبة على القيمة فليست مكاتبة على بدل معلوم
عند الناس عند الخلاف الاسم فصار كما لو كاتبه على الف او على الثين غير
انه ان ادي القيمة عتق لان العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع
الفاسد اذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول
حتى يثبت الملك في البيع ويجب العقر والعدة وتثبت النسبة في النكاح
كذا المكاتبة الفاسدة ولو كاتبه على ان يخدمه شهرا فهو جايز استحسانا والقياس
ان لا يجوز وجه القياس ان الخدمة مجهولة لانها تختلف ولا يدري في اي
شيء يستخدمه وانه يستخدمه في الحضر او في السفر وجهالة البدل تمنع
صحة الكتابة وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف الى الخدمة
المعهودة فتصير معلومة بالعادة والحال المولى انما يريد اي شيء يستخدمه
وحال العبد لانه لا يأبى شيئا فصار كما لو عينها نصا ولهذا جازت
الاجارة على هذا الوجه فكانت المكاتبة اولى لانها اقل للجهالة من الاجارة
واجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جايز في القياس كذا ذكر في
الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضي ان لا يجوز لما ذكرنا
وانما اراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا ويجوز القياس
على موضع الاستحسان اذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى
كقياس الجماع ناسيا على الاكل والشرب ناسيا ولان المنافع اموال في
العقود وانها تصير معلومة بذكر المدة فلا فرق بين ان يستاجر رجلا
ليخدمه او ليخدم غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر له بيرا فقد سمى
له طولها وعمقها ومكانها او على ان يبني له دارا واراه اجرها وجصها
وما يبنى بها لانه مكاتبة على بدل معلوم الا تري ان الاجارة عليه
جايزة فالمكاتبة اولى ولو كاتبه على ان يخدمه ولم يذكر الوقت فالمكاتبة
فاسدة لان البدل مجهول ومنها ان لا يكون البدل ملك المولى وهو
شرط الانعقاد حتى لو كاتبه على عين من اعيان مال المولى لم يجز لانه يكون

مكاتبة لغير بدل في الحقيقة فلا يجوز كما اذا باع دارا من انسان لعبد
هو صاحب الدار انه لا يجوز البيع لانه يكون بيعا لغير ثمن في الحقيقة
كذا هذا وكذا الكتابة على ما في يد العبد من الكسب وقت المكاتبة لان ذلك
مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى فلم يجز واما كون البدل لغير عينه
فهل هو شرط جواز المكاتبة بان كاتبه على شيء بعينه من عبد او ثوب
او دار او غير ذلك مما يتعين بالتعيين وهو ليس من اعيان مال المولى
ولا كسب العبد ولكنه ملك اجنبي وهو معين مشار اليه ذكر في كتاب
المكاتب اذا كاتب عبده على عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف
وذكر في كتاب الشرب اذا كاتبه على ارض بعينها الرجل جاز ولم يذكر
الخلاف وذكر بن سماعة الخلاف فقال لا يجوز عند ابي حنيفة ويجوز
عند ابي يوسف وعند محمد ان اجاز صاحبه جاز والا لم يجز واطلاق
رواية كتاب المكاتب تقتضي ان لا يجوز اجاز او لم يجز ولانه لما جاز عند عدم الاجازة
كتاب الشرب تقتضي الجواز اجاز او لم يجز ولانه لما جاز عند عدم الاجازة
فعند الاجازة اولى ويجوز ان يكون قول محمد تفسير الروايتين
المبهمتين فيحمل رواية كتاب المكاتب على حال عدم الاجازة ورواية
كتاب الشرب على حال الاجازة وجه الطلاق رواية كتاب المكاتب انه كاتبه
على ما لا يملك لانه كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز وبه علل في الاصل
فقال لانه كاتبه على ما لا يملك لانه كاتبه على ملك الغير وشرح هذا
التعليل ان المكاتبة عقد وضع الاكتساب المال والعبد لا يقدر على اكتساب
هذا العين لامحالة لان مالك العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه فلا يحصل
ما وضع له العقد ولا نالوقضينا بصحة هذه المكاتبة لفسدت من حيث
يصح لانه اذا كاتبه على عبد معين هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر
عليه التسليم فكان موجبها وجوب قيمة العبد تصير كانه كاتبه على
قيمة العبد فيفسد من حيث يصح وما كان في تصحيحه افساده يقضي
بفساده من الاصل او يقال اذا تعذر عليه التسليم فاما ان تجب عليه

السليم فاما ان تجب عليه قيمة العبد او قيمة نفسه وكل ذلك فاسد
وجه رواية كتاب الشرف وهو المروي عن ابي يوسف ايضا ان المكاتبة
في معنى الاعتاق على مال ثم لو اعتق عبده على عبد بعينه لرجل وقبل العبد
جاز كذا هذا وجه ما روي عن محمد من التوقف على الاجازة ان هذا عقد
له يجز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة ان هذا عقد له يجز حال وقوعه
فيتوقف على الاجازة كالبيع وكذلك اذا عين من مال غيره من عرض
او مكيل او موزون لان هذه الاشياء كلها تتعين في العقود بالتعيين
فكانت كالعبد ولو قال كاتبتك على الف فان هذه جازت المكاتبة لكن
لان الدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات فيقع العقد
على مثلها في الذمة وسواء كان البدل كثيرا او قليلا لان دلايل جواز المكاتبة
لا تفصل بين القليل والكثير وسواء كان موجلا او غير موجل عندنا وقال
الشافعي لا يجوز الا موجلا وهو على قلب الاختلاف في السلم انه لا يجوز الا
موجلا عندنا ويجوز عنده موجلا ومعجلا فالحاصل انه لا خلاف في جواز
المكاتبة على بدل موجل واختلف في الجواز على بدل غير موجل قال اصحابنا
يجوز وقال الشافعي لا يجوز الا موجلا منجما بنجمين فصاعدا وجه قوله
ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد لانه فقير مال له والعجز
عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده بدليل انه لو طرأ على العقد رفعه
فاذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق الاولى لان المنع اسهل من الرفع ولنا
ما خذا الاسم يدل على ما قلنا فان للمكاتبة ما خوذة من الكتاب والكتابة
والكتاب بذكر بمعنى الاجل قال الله تعالى وما اهلكنا من قرية الا ولها
كتاب معلوم اي اجل لا يتقدم ولا يتاخر تسمى هذا عقد كتابة
لكون البدل فيه موجلا ويذكر بمعنى الكتاب بالمعروف وهو المكتوب
تسمى العقد بذلك لان البدل كتب في الديوان والحاجة الى الكتابة
للموجل لا للحال فكان الاجل فيه شرطا كالسلم لما كان ما خوذا من السلم
كان تسليم راس المال فيه شرطا لجواز السلم وكذا الصرف لما كان ينبني

عن نقل البدل من يد الى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطا كذا
هذا ولنا قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا من غير فصل
بين الحال والموجل ولان بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال به قبل
القبض فلا يشترط فيه التاجيل كسائر الديون بخلاف بدل الصرف
والسلم واما قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد فمسلم
لكن الا يكون بعد العقد وحينئذ حدوث العقد لم يفده بان يكسب
مالا يقبول هبة او صدقة فيودي بدل الكتابة واما ما خذ الاسم فالكتابة
تحتمل معاني فقال كتب اي اوجب قال الله تعالى كتب على نفسه الرحمة
ويقال كتب اي ثبت قال الله تعالى كتب في قلوبهم الايمان وكتب اي حكم
وقضى قال الله تعالى كتب الله لاغلبن انا ورسلي وشيء من هذه المعاني
لا ينبي عن التاجيل ثم انما كانت الكتابة حالة فان ادى البدل حين طالبه
به المولى والا يرد في الرق سواء شرط ذلك في العقد او لم يشرط بان قال
له ان لم تؤدها الي حالة فانت رقيق او لم يقل لان كتابة على بدل موصوف
بصفة الحلول فلم يكن راضيا بدون تلك الصفة وكذلك ان كانت منجمة
بنجوم معلومة فعجز عن اداء نجم منها يرد الى الرق في قول ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف حتى لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان واحتج ابو
يوسف بما روي عن علي رضي الله عنه انه قال المكاتب اذا توالى عليه
نجمان رد في الرق فقد شرط حلول نجمين للرد في الرق ولان العجز لا
يتحقق الا عند حلول نجمين لجواز ان يعرضه انسان او يحصل له مال
من موضع اخر فيودي فاذا اجتمع عليه مال نجمين فقد تحقق عجزه
ولهما ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه كاتب عبدا له فعجز
عن نجم واحد فرده الى الرق والظاهر ان ذلك كان على علم من الصحابة
رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون اجماعا ولان المولى شرط
عليه في كل نجم قدرا من المال والشرط معتبر مفيد من شرائط الكتابة
فكان له ان يرده الى الرق عند فواته كما لو عجز عن نجم واحد واما احتجاجه

لقول علي رضي الله عنه تفير سد يدلا نواحتجاج بالمسكوت لان
فيه اذا توالي عليه نجمان يرد الي الرق وليس فيه انه اذا كسر نجما
واحدا ماذا حكمه او حمل علي الندب وبه نقول ان المكاتب اذا كسر نجما
يندب مولاه الي ان لا يرده الي الرق ما لم يتوال عليه نجمان فصاعدا
ونظرا فان عجز عن نجم علي اصلهما او عن نجمين علي اصله فان كان
له مال حاضر او غايب يرجي حضوره بان قال لي مال علي انسان
او قال حتي تقافله فان القاضي ينتظر عليه يومين او ثلاثة
استحسانا لان هذا القدر من التاخير مما لا ضرر فيه علي المولي وفيه
رجا وصول كل واحد منهما الي حقه فينمل القاضي ذلك عند رجا
الوصول ولو اختلف المولي والمكاتب علي قدر البدل او جنسه بان قال
المولي كاتبتك علي الف او علي الدنانير وقال العبد بل كاتبتني
علي الف او علي الدراهم فالقول قول المكاتب في قول ابي حنيفة الا خر
سواء كان قد ادي من بدل الكتابة شيئا او كان لم يود وكان يقول يتحالفا
ويترادان كالبيع لان في الكتابة معني المبادلة ثم رجع وقال القول
قول المكاتب لانه المستحق عليه ومتي وقع الاختلاف في قدر المستحق
او جنسه فالقول قول المستحق عليه في الشرع كما في سائر الديون
ولان القياس يمنع التحالف لما ذكر في كتاب البيوع الا ان الشرع
ورد به بخلاف القياس في البيع والله مبادلة المال بالمال مطلقا و
الكتابة بخلافه فلم تكن في معني البيع فلا يقاس عليه والله الموفق

فصل واما الذي يرجع الي نفس الركن من شرايط الصحة فخلو
عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضي العقد الراجع في صلب
العقد من البدل فان لم يخالف مقتضي العقد جاز الشرط والعقد وان
خالف مقتضي العقد لكنه لم يدخل في صلبه يبطل الشرط ويبقي العقد
صحيحا وانما كان كذلك لان عقد المكاتبة في جانب المعقود عليه وهو العبد
بمنزلة الاعتاق لما فيه من فك الحجر واسقاط والاعتاق مما لا يبطله

الشروط

الشروط الفاسدة وفيما يرجع الي البدل وجانب المولي بمنزلة البيع
لان المولي عقد عقدا يوول الي زوال ملكه عند فكان كالبيع والبيع
مما يفسده الشروط الفاسدة لنهي النبي صلي الله عليه وسلم عن بيع
وشرط فيجعل في الشروط الداخلة في صلب العقد بمنزلة البيع فتعمل
فيه الشروط الفاسدة وفيما لا يدخل في صلب العقد من الشروط يجعل
كالاعدام فلا موثر فيه الشروط الفاسدة عملا بالمعنيين جميعا
بقدر الامكان وعلي هذا مسايل اذا شرط جارية علي الف درهم علي ان
يطاها مرة فالكتابة فاسدة لانه شرط فاسد لكونه مخالفا مقتضي
العقد لان عقد الكتابة يوجب حرمة الوطء فانه دخل في صلب العقد
لدخوله في البدل حيث جعل البدل الف درهم ووطيها فتفسد
الكتابة ولو كاتب عبده علي الف درهم علي ان لا يخرج من المصر او علي
ان لا يسافر فالشرط فاسد لانه يخالف مقتضي العقد لان العقد
يقتضي انفكاك الحجر وانسياخ طريق الاطلاق اي اي بلد ومكان شاء
فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة لانه شرط لا يرجع الي صلب
العقد ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من العقد فلو
اعتق اول الالف في المسئلة الاولي عتقت في قولهما وقال البشر
بن الغياث المريسي لا تعتق وجه قوله ان المولي جعل للعتق شيئين
الالف ووطيها والمعلق بشرطين لا يترك عند وجود احدهما كما اذا
كاتبها علي الف ورطل من خمر فادي الالف دون الخمر ولنا ان الوطي
لا يصلح عوضا في المكاتبة فلا يتعلق العتق به فالتحق ذكره بالعدم
بخلاف الخمر فانها تصلح عوضا في الجملة لكونها مالا متقوما والتسليم
فلم يلتحق بالعدم وتعلق التعليق باداءها ثم اذا ادت قيمتها ينظر
الي قيمتها فان كانت قيمتها الف درهم فلا شئ للمولي عليها ولا لها
علي المولي لانها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد
والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمون لانه يجب عليه رده وهو عاجز عن رد

عينه فيرد القيمة وهي الف درهم وقد وصل بتجاره الي المولي فلا يكون
لاحدهما بعد ذلك علي صاحبه سبيل كما لو باع رجل من آخر عبدا بالف
درهم ورطل من خمر وقبض البايع الالف وسلم العبد الي المشتري
وهلك في يده لا يرجع احدهما علي صاحبه لوصول ما يستحقه البايع
علي المشتري اليه كذا هنا ان كانت قيمة الجارية اكثر من الف رجع
المولي عليها بما زاد علي الالف لانها مضمونة بكمال قيمتها وما ادت الا
كمال قيمتها فيرجع عليها وصار هذا كما اذا باع عبده من آخر بالف ورطل
من خمر وقبض الالف وسلم العبد وهلك في يد المشتري وقيمته اكثر
من الالف انه يرجع بما زاد ولما قلنا كذا هذا وان كانت قيمة المكاتبة
اقل من الالف وادت وعتقت هل ترجع علي المولي بما اخذ من
الزيادة علي قيمتها قال اصحابنا الثلاثة ليس لها ان ترجع وقال زفر
لها ان ترجع بالزيادة علي المولي وجه قوله ان المولي اخذ منها زيادة
علي ما يستحقه عليها فكانت الزيادة ماخوذة بحق حق فيجب عليه
ردها كما في البيع الفاسد اذا استهلك المشتري المبيع انه ان كانت
قيمة اكثر من الثمن رجع البايع علي المشتري بالزيادة وان كانت
قيمته اقل رجع المشتري علي البايع بفضل الثمن كذا هاهنا ولنا
انها لو رجعت عليه لادي الي ابطال العتق لانها عتقت بادا الكا
فلو لم يسلم المودي للمولي لا يسلم العتق للمكاتبة والعتق سالم
لما فيسلم المودي للمولي ولان عقد المكاتبة مشتمل علي المعاوضة
وعلي التعليق واعتبار جانب المعاوضة يوجب لها حق الرجوع عليه
بما زاد علي القيمة واعتبار معني التعليق لا يوجب لها حق الرجوع
كما لو قال لها ان ادیت الي الفا فانت حره فادت الفا وخمسمائة
وقيمتها الف عتقت ولا ترجع عليه بشيء فيقع الشك في ثبوت حق
الرجوع فلا يثبت مع الشك وكذا لو كاتبهما وهي حامل علي الف درهم
علي ان ما في بطنها من ولد فمولده وليس في المكاتبة او كاتب امته علي الف

درهم

درهم علي ان ما في بطنها من ولد فمولده وليس في المكاتبة او كاتب امته
علي الف درهم علي ان كل ولد تلده فمولده للسيد فالمكاتبة فاسدة لانه
شرط شرطا مخالفا لموجب العقد لان موجبه ان يكون كل ولد تلده مكاتبا
مكاتبتها فكان هذا شرطا فاسدا وانه داخل في صلب العقد لانه
يرجع الي البدل فيوجب فساد العقد ولو ادت الالف عتقت لما قلنا
ثم اذا عتقت ينظر اني قيمتها والي المودي علي ما قلنا وكذا الوكاتب علي
الف درهم وعلي ان يخدمه ولم يبين مقدار الخدمة فادي الالف
عتقت لما قلنا ثم ينظر اني قيمته والي الالف علي ما وصفنا ولو كاتبه
علي الف منجم علي انه ان عجز عن نجم منها فمكاتبته الف درهم لم تجز هذه
المكاتبة لتمكن العذر في البدل فانه لا يدري انه يعجز او لا يعجز
ويمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد ولنهي النبي
صلي الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وهذا كذلك ولو كاتبه
علي الف يودیها الي عزيم له فهو جايز وكذا اذا كاتبه علي الف يضمنها
لرجل عن سيده فالمكاتبة والضمان جايزان بخلاف البيع اذا باع
عبدا بالف درهم يودیها الي فلان او علي ان يضمنها المشتري عن
البايع لفلان ان البيع فاسد لان البيع يفسد باشتراط الفاسد وهو
الشرط المخالف لمقتضي العقد والكتابة لا تفسد باشتراط الفاسد
اذا لم تكن داخلة في صلب العقد كما اذا كاتبه علي الف علي ان لا يخرج من
المصر او لا يسافر الا ان هناك شرط الضمان باطل وها هنا جايز
لان ضمان المكاتبة عن سيده وكفالته بما عليه معهودا جايز لان ذلك
واجب عليه فلان يكون متبرعا في الضمان وضمان المكاتبة عن الاجنبي
انما لا يصح لكونه تبرعا ولم يوجد وان كاتبه علي الف درهم منجمة
علي ان يودي اليه مع كل نجم ثوبا وسمي نوعه جاز لانه كاتبه علي بدل
معلوم حيث سمي نوع الثوب فصار الالف مع الثوب بدلا وكل واحد
منهما معلوم الا تري ان كل واحد منهما لو انفرد في العقد جاز فكذا اذا

جمع بينهما وقد قال اصحابنا الله لو ذكر مثل ذلك في البيع جاز بان
يقول لعبدك هذا العبد بالف درهم على ان تعطيني معه مائة دينار
وتصير الالف والمائة دينار ثمنا لما قلنا كذا هنا وكذلك لو قال علي
ان تعطيني معه مائة دينار وتصير الالف والمائة دينار ثمنا لما قلنا
كذا هنا وكذلك لو قال على ان تعطيني مع كل نجم عشرة دراهم
وكذلك لو قال على ان تؤدي مع مكاتبتك الف درهم لان الكل صار بدلا
في العقد ولو كاتبه على الف درهم وعلى قيمته على انه اذا ادى وعتق
فعليه الف اخرى جاز فكان الامر على ما قال اذا ادى الالف عتق
وعليه الف اخرى بعد العتق لانه لو جعل الالفين جميعا بدل الكتابة
جاز ولو جعلهما جميعا بعد العتق لجاز كذا اذا جعل البعض قبل العتق
والبعض بعده اعتبارا للجزء بالكل وان كاتبه على الف درهم على نفسه
ومالة على ان لمولاه ان يكون المكاتب احق بنفسه ومالة فهو جائز
وان كان للعبد الف او اكثر ولا يدخل بينه وبين عبده ربوا كذا ذكر
في الاصل وفرق بينه وبين البيع اذا باع عبده مع ماله بالف درهم
ومال العبد الف درهم انه لا يجوز البيع لان الالف تقابل الالف فيبقى
الالف للعبد زيادة في المعاوضات لا يقابلها عوض فيكون ربوا
ولا يتحقق الربوا هاهنا لان الربوا لا يجري بين العبد وبين
سيده هذا معنى ما اشار اليه في الاصل ثم مال العبد ملكا ناقصا
بعد العقد بتجارته او بقبول الهبة والصدقة لان ذلك يثبت
الى العبد ولا يدخل فيه الارش ما كان من مال المولى في يد العبد
وقت العقد لان ذلك لا يثبت الى العبد ولا يدخل فيه الارش
والعقر وان حصلا بعد العقد ويكون للمولى لان ذلك لا يثبت
الى العبد بخلاف بيع الدراهم بالدراهم انه لا يجوز ويكون ربوا الا ان
مراد محمد رحمه الله من قوله انه لا يجري الربوا بين العبد وبين سيده
فيما ليس بمعاوضة مطلقة والكتابة ان كانت فيها المعاوضة

فليست

٤٢٠

فليست بمعاوضة مطلقة وجريان الربوا يختص بالمعاوضة المطلقة
بخلاف بيع الدراهم بالدراهم لان ذلك معاوضة مطلقة لان المولى كما
لا حق له من كسب المكاتب فهو الرق وان اختلفا فقال المولى كان في
هذا قبل عقد الكتابة وقال المكاتب كان بعد العقد فالقول قول المكاتب
لان الشيء في يده فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو قال
العبد كاتبني على الف درهم على ان اعطيتها من مال فلان فكاتب
على ذلك جازت المكاتبة لان هذا شرط فاسد والكتابة لا تبطل بما
لشروط الفاسدة اذا لم تكن داخلة في صلب العقد ولو كاتبه على الف
درهم على انه بالخيار او على ان العبد بالخيار يوما او يومين او ثلاثة
ايام جاز لان دلائل جواز الكتابة لا تفصل ولان الحاجة قد تدعو
الى شرط الخيار في المكاتبة كما تدعو اليه في البيع وهو الحاجة الى التامل
لان الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس فجاز ان
يثبت فيه خيار الشرط كالبيع فان قيل ثبوت الخيار في البيع استحسان
عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه فالجواب ما ذكرنا ان عندنا يجوز القياس
على موضع الاستحسان بشريطة وهو ان يكون الحكم في موضع
الاستحسان معقول المعنى ويكون مثل ذلك المعنى موجودا في موضع
القياس وقد وجدها هنا على ما ذكرنا ولا يجوز شرط الخيار فيه اكثر
من ثلاثة ايام في قول ابي حنيفة فان ابطل خياره في الايام الثلاثة
جاز كالبيع وان لم يبطل خياره حتى مضت ثلاثة ايام تقرر الفساد
كما في البيع وعندهما يجوز قلت المدة او كثرت بعد ان كانت معلومة
من شهر او نحو ذلك كما في البيع **فصل** واما بيان ما يملكه المكاتب
من التصرفات وما لا يملكه فله ان يبيع ويشتري لانه وجب عليه
اداء بدل الكتابة ولا يمكنه الاداء الا بالاكتساب والبيع والشراء من باب
التجارة وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره وباي جنس كان وبالنقد
والنسيئة في قول ابي حنيفة وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس

في مثله وبالدراهم والدنانير وبالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع
المطلق وهي من مسائل الوكالة وله ان يبيع ويشتري من مولاه
لان المكاتب فيما يرجع الى مكاتبته ومنافعه كالحر فكان فيهما بمنزلة
فيجوز بيعه من مولاه وشراؤه منه كما يجوز ذلك من الاجنبي الا
انه لا يجوز ان يبيع ما اشتري من مولاه مرابحة الا ان يبين وكذلك
المولى فيما اشتري منه لان بيع المرابحة امانة فتجب صيانته
عن الخيانة وشبهة الخيانة ما امكن وكسب المكاتب مال المولى من وجه
فيجب ان يبين حتى ترتفع الشبهة ولا يجوز له ان يبيع من مولاه
درهما بدرهمين لانه بعقد الكتابة صار احق بمكاسبه فصار كالاجنبي
في المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز للمولى ذلك لما بينا وله ان يأذن
لعبده في التجارة لان التجارة وسيلة الى الاكتساب والمكاتب
مأذون بالاكتساب فان لحقه دين بيع فيه الا ان يؤدي عند المكاتب
لان الاذن قد صح فصح استدانته فيباع فيه كما في عبد الحر وله ان يحط
عنه شيأ بعد البيع لعيب ادعى عليه او بزيد من ثمن شيء قد اشتراه لانه
بالكتابة صار مأذونا في التجارة وهذا من عمل التجارة وليس له ان
يحط بعد البيع بغير عيب ولو فعل لم يجز لانه من باب التبرع وهو
لا يملكه وله ان يرد ما اشتري بالعيب اذا لم يرض به سواء اشتري
من اجنبي او من مولاه لانه اولى بكسبه من مولاه كالعبد المأذون
اذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المولى وللمولى الشفعة
فيما اشتراه المكاتب لان املاكهما متميزة ولهذا جاز بيع احدهما
من صاحبه فصارا كالاجنبيين وله ان يأذن لعبده في التجارة
لانه من باب الاكتساب ولا يجوز هبة المكاتب شيأ من ماله ولا اعتاقه
سواء عجز بعد ذلك او عتق وترك وقالا ان هذا كله تبرع وكسب المكاتب
لا يحتمل التبرع وحكي عن ابن ابي ليلى انه قال عتقه وهبته موقوفة
فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رجع مملوكا بطل وجد قوله

ان

ان حال المكاتب موقوف بين ان يعتق وبين ان يعجز فكذا حال عتقه و
هبته والجواب ان العقد عندنا انما يتوقف اذا كان له مجيز حال وقوعه
وها هنا لا مجيز لعتقه حال وقوعه فلا يتوقف وسواء كان الاعتاق لغير
بدل فلما قلنا واما ببدل فلان الاعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب
لان العتق فيه ثبت بنفس القبول ويبقى البدل في ذمة المفلس ولا
يملك التعليق كما لا يملك التنجيز كما لو قال له ان دخلت الدار فانت
حر لا يصح وكذا اذا قال له ان اديت الي الف فانت حر لان ذلك
تعليق وليس بمكاتبة لما ذكرنا في كتاب العتاق ولو اشتري المكاتب
ذا رحم محرم منه لا يعتق لان شراء القريب اعتاق وهو لا يملك الاعتاق
ولو اشتري ذا رحم محرم من مولاه لا يعتق على مولاه لان هذا كسب
المكاتب والمولى لو اعتق عبدا من اكسابه صريحا لا يعتق فبالشراء
اولى والمكاتب ان يكاتب عبدا من اكسابه استحسانا والقياس ان
لا يجوز لانه عقد يفضي الى العتق فلا يجوز كما لو اعتقه على مال
وجه الاستحسان ان المكاتبة نوع من اكساب المال والمكاتب يملك
اكساب المال والمكاتبة ولهذا يملك البيع فكذا المكاتبة بخلاف الاعتاق
على مال فان ذلك ليس من باب اكساب المال الا ترى ان الكسب بعد
الاعتاق ولا يكون لدين يكون للعبد وانما الثابت له دين متعلق برقبته
المفلس فكان ذلك اعتاقا بغير بدل من حيث المعنى وفي المكاتب الكسب
يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقا بغير بدل فافترقا فان ادى اولا عتق
وثبت ولاؤه من المولى لان العتق حصل منه فاذا ادى الاسعى لعبد ذلك
يثبت ولاؤه من الاعلى لانه ليس من اهل ثبوت الولاء منه فان اعتق بعد
ذلك لا يرجع اليه الولاء لان ولاء العتاقة متى ثبت لا يحتمل الانتقال
بحال وان ادى جميعا معا ثبت ولاؤهما جميعا من المولى وليس للمكاتب
ان يكاتب ولده ولا والدته والاصل ان كل من لا يجوز له ان يبيعه لا يجوز
له ان يكاتبه الا ام ولده لان هو لا يتمكن من عتقها فلا يجوز ان يسعى

عتقهم عتقه ولا غرم فقد دخلوا في كتابة المكاتب فلا يجوز ان يكاتبوا ثانيا
بخلاف ام الولد ولا يملك التصرف الا بشيء حقير لا يجوز له ان يعطي
قفيز دراهم ولا ان يكسوه ثوبا وولده الا يجوز له ان يعدي الا شيء قليل
من المأكول وله ان يدعوا الى الطعام لان ذلك من عمل التجار وقد روي
ان سلمان اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مكاتبا وقبل ذلك
منه وكذا روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك
ولان ذلك وسيلة الى ادا بدل الكتابة يجذب قلوب الناس فيحملهم
ذلك على الاسراع اليه فيتمكن من ادا بدل الكتابة وعلى هذا الاجارة والا
والايداع لان الاجارة من التجارة ولهذا يملكها المأذون بالتجارة
والاعارة والايداع من عمل التجارة وضروب التجارة ولا يجوز ان يقرض
لان القرض تبرع بابتدايه وقيل معنى قوله لا يجوز اي لا يطيب
المستقرض اكله الا انه لا يملكه المستقرض حتى انه لو تصرف فيه نفذ
تصرفه لانه تصرف في ملكه ويكون المستقرض مضمونا عليه وهذا كما
قلنا في قرض الاعيان انه لا يجوز ومعناه انه لا يطيب له اكله ويكون
مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه لانه اعتق ملكه
ويفسد كذا قرض المكاتب ولا يجوز وصيته لا عما يتبرع ولا يجوز كفالته المكا
بالمال ولا بالنفس باذن المولى ولا بغير اذنه لا عما يتبرع اما الكفالة
اما الكفالة بالنفس فلانها التزام تسليم النفس من غير عوض والكفالة
بالمال التزام تسليم المال من غير عوض ان كانت بغير اذن المكفول عنه
وان كانت باذنه فهي وان كانت مبادلة في الابتدا فهي تبرع في الانتهاء والمكاتب
ليس من اهل التبرع وسوا اذن له المولى فيها اولم يأذن لان المولى
لا يملك كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع به ويجوز له ان يتوكل بالشرا وان
كان ذلك يوجب عليه ضمانا للبايع وهو الثمن لان عند بعض مشايخنا
ملك البيع يثبت له اولا ثم يتحول منه الى الموكل فصار كالبيع منه
وعند بعضهم وان كان لا يثبت لكن الوكالة من ضرورات التجار فان

ادى

ادى عتق ترجع الكفالة لان الكفالة وقعت صحيحة في حقه
لان اهل الا انه لا يطالب به في الحال لانه لم يصح في حق المولى فاذا اعتق
فقد زال حق المولى فيطالب به كما لعبد المحجور اذا كفل ثم عتق بخلاف الصبي
اذا كفل ثم بلغ لان الصبي ليس من اهل الكفالة لانه ليس له قول
صحيح في نفسه بخلاف العبد وتجوز كفالته عن سيده لان بدل الكتابة
واجب عليه فلم يكن متبرعا والادا اليه والى غيره سوا وهل يجوز
له قبول الحوالة فمنذ اعلى وجهين ان كان عليه دين لانسان وعلى صا حب
الدين دين لاخر فاحاله على المكاتب فهو جايز لانه ضمن مالا كان
واجبا عليه فلم يكن متبرعا ولا فرق بين ان يردي الى هذا او الى
غيره وان كان لانسان على اخر دين فاحاله على المكاتب وقبل الحوالة
وليس عليه دين للذي احال عليه لا يجوز لانه تبرع ولو ان شارك
اخر شركة عنان وليس له ان يشاركه شركة مفاوضة لان مبنى
المفاوضة على الكفالة وهو ليس من اهل الكفالة وشركة العنان غير
مبنية بل على الوكالة والمكاتب من اهل الوكالة ولو كاتب الرجل
عبدين له مكاتبة واحدة على الف درهم على ان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه فمنذه السيلة على ثلاثة اوجه اما ان كاتبهما على
مال واحد ولم يجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولم يقل ايضا
ان ادى عتقا وان عجز رد في الرق اما اذا كاتبهما على ان كل واحد منهما
كفيلا عن صاحبه فالقياس ان لا يجوز هذه الكتابة والاستحسان
يجوز اذا قبلا وجه القياس ان هذه كتابة بشرط الكفالة وكفالة
المكاتب عن غير المولى لا تصح ولانه كفالة ببدل الكتابة والكفالة
ببدل الكتابة باطلة وجه الاستحسان ان هذا ليس بكفالة في
الحقيقة بل هو تعليق العتق بالادا والمولى مملك يملك عتقهما
بادا كل واحد منهما مكاتب على حدة وجه قوله ان كل واحد منهما
يلزمه كتابة تفسد خاصة فلا تجب عليه كتابة غيره ما لم يشترط ولم

حب

ولو كاتب كل واحد منهما على الف درهم على حدة فادى احدهما
كاتبهما على الف درهم على حدة فادى احدهما عتق ولو عجز احدهما
يرد في الرق لان كل واحد منهما كاتب

يوجد الشرط ولنا ان المولى علق عتقهما بادائهما الالف صار جميع الالف على كل واحد منهما فصار كما اذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه ونظير هذا الاختلاف ما قالوا في كتاب الطلاق والعتاق ان من قال لامرأتين ان شئتما فانتما طالقان او قال لعبدين له ان شئتما فانتما حران ان قول على قول زفر ايهما شاء لحقت وانصرفت مشيئة كل واحد منهما الى عتق نفسه وطلاق نفسها وعلى قول علمائنا الثلاثة ما لم توجد مشيئتهما جميعا في طلاقهما جميعا وفي عتقهما جميعا لا تلحق واحدة منهما كذلك ها هنا واما الفصل وهو ما اذا كاتبهما ولم يقل ان ادى عتقا وان عجزا رد في الرق فايهما ادى حصته فانه تلحق في قولهم جميعا لانه لم يعلق عتقهما بادائهما جميعا فانصرف نصيب كل واحد منهما الى خاصته وصار كل واحد منهما مكاتبا على حدة ثم اذا كاتبهما كتابة واحدة فادى احدهما شيئا منه كان له ان يرجع على صاحبه بنصفه بخلاف ما اذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فادى احدهما شيئا انه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز النصف فاذا جاوز النصف رجع على صاحبه بالزيادة ووجه الفرق ان في مسئلتنا هذه لو جعلنا اداءه عن نفسه ادى ذلك الى تغيير شرط المولى لانه لم يعتق وفي شرط المولى عتقهما جميعا واذا كان الامر هكذا وكان اداؤه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يؤدي الى تغيير شرط المولى وهذا المعنى لم يوجد في تلك المسئلة فان اداءه عن نفسه الى النصف لان نصف الدين عليه فان مات احد المكاتبين لا يسقط شيء من الكتابة ويؤخذ من الحي جميع الكتابة ويمثله لو اعتق احدهما سقطت حصته ووجه الفرق بينهما ان الميت من اهل ان تكون عليه الكتابة الا ترى ان المكاتب اذا كان واحدا فاعتقه المولى بطلت عنه الكتابة فكذلك تبطل حصته والمولى بالخيار ان شاء اخذ حصته المكاتب وان شاء اخذ الميت حصة الكفالة فان اخذ المكاتب لا يرجع عليه لانه

ادى

ادى دين نفسه وان اخذ الميت وادى رجع على المكاتب لانه كفيله ولا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد احدهما بالنكاح ولا يزوج امته وابنته لان جواز النكاح لتعلق الولاية ولا ولاية له اذ هو عبد ولا يزوج عبده لما قلنا ويزوج امته ومكاتبته لان تزويجهما من باب الاكتساب وعقد المكاتبة عقد اكتساب المال بخلاف تزويج العبد لانه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتسابا ولا يجوز اقراره بالدين واستيفاؤه لان ذلك من صرورات التجارة والمكاتبة اذن بالتجارة فكانت اذنا بما هو من صرورات التجارة ولا يجوز وصية المكاتب في ماله وان ترك وفاء اما اذا لم يترك وفاء فلا اشكال فيه لانه ملك عبدا فلا يجوز وصيته واما اذا ترك فلانا وان حكمنا بعتقه فانما حكمنا به قبل الموت بلا فصل وتلك ساعة لطيفة لا يتسع للفظ الوصية ولو اوصى ثم ادى الكتابة في حال حياته وعتق فان وصيته على ثلاثة اوجه في وجه لا تجوز بالاجماع وفي وجه تجوز بالاجماع وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الذي تجوز بالاجماع فهو ان يقول اذا اعتقت فثلث مالي وصية فادى فعتق ثم مات صحته وصيته بالاجماع لانه اضاف الوصية الى حال الحرية والحر من اهل الوصية واما الوجه الذي لا تجوز بالاجماع فهو ان يوصي لعين ماله لرجل فادى فعتق ثم مات لا تجوز لانه ما اضاف الوصية الى حال الحرية وانما اوصى لعين ماله فيتعلق بملكه في ذلك الوقت وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل التبرع فلا تجوز الا اذا اجاز ذلك الوصية بعد العتق فتجوز لان الوصية مما تجوز بلفظ الاجازة بدليل ان رجلا لو قال اجزت لكم ان تعطوا ثلث مالي فلانا كان ذلك منه وصية واما الوجه الذي اختلفوا فيه

وفاء

فهو ما اذا اوصي بثلث ماله ثم ادي وعتق ثم مات قال ابو حنيفة لا تجوز
الوصية الا ان يجيزوها بعد العتق لانها تعلقت بملك الكاتب وملكه
لا يحتمل المعروف وقال ابو يوسف ومحمد يجوز وهذا ظهر ما ذكرنا
في كتاب العتاق انه اذا قال لعبده والمكاتب كل مملوك املكه اذا اعتقته
فهو حر فعتق فملك مملوكا انه لا يعتق بالاجماع ولو لم يقل اذا اعتقته
لا يعتق بالاجماع ولو قال كل مملوك فيما استقبل فهو حر فعتق
وملك مملوكا لا يعتق في قول ابي حنيفة وعندهما يعتق والحق على ما
ذكرنا في كتاب العتاق ويجوز للمكاتب قبول الصدقات لقوله تعالى
في ايتاء الصدقات وفي الرقاب قيل في التفسير ان المراد بها المكاتبون
ويحل للمولى ان يأخذ ذلك منه قضاء من الكتابة ويحل له تناوله
بعد العجز وان كان المولى غنيا لان الغنى تختلف باختلاف اسبابه
الملك حكما وان كانت عينا واخذه حقيقة والاصل فيه ما روي
ان بريرة رضي الله عنها كان يتصدق عليها وكانت تهدي ذلك
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ياكل منه ويقول هو لها صدقة
ولنا هدية وكذلك الفقير اذا مات وترك مالا جمعه من الصدقات
ووارثه غني يحل له اكله لما قلنا ولو اوصى المكاتب الى رجل اي جعله
وصيا ثم مات فان مات من غير وفاء بطل ايصاؤه لانه مات عبدا والعبد
ليس من اهل الايصاء وان مات بعد ما ادى بدل الكتابة جاز الايصاء
تكون وصية كوصية الحر وان مات عن وفاء ولم يؤد في حال حياته
فان وصية تكون وصية على اولاده الذين دخلوا في كتابته دون الاولاد
الاحرار الذين ولدوا من امرأة حرة وتكون اضعف الاوصياء كوصي
الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشراء على رواية
الزيادات وعلى رواية كتاب القسمة حكمه كوصي الاب حيث اجاز
قسمته في العقارات والقسمة بمعنى البيع والله اعلم **فصل**
واما بيان ما يملك المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فيشتمل عليه

حكم

حكم الكتابة ويذكره في فصل الحكم ان شاء الله تعالى **فصل** واما
صفة الكتابة فنوعان احدهما انها عقد لازم في جانب المولى اذا
كان صحيحا حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب اذا لم يخل بنجم
او نجمين على الاختلاف غير لازم في جانب المكاتب حتى ينفرد بفسخه
من غير رضى المولى لانه عقد شرع نظرا للعبيد وتمام نظرهم في انه
لا يلزم في حقهم ويجوز رد المكاتب الى الرق وفسخ الكتابة دون القاضي
عند عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى لا يجوز رده الا عند القاضي لان
العقد قد صح فلا ينفسخ الا بقضاء القاضي ولنا ما روي عن عبد
الله بن عمر رضي الله عنهما انه اجاز ذلك ولم ينقل عن غيره
خلافه والقياس يشهد في الاصل فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر ولان
المكاتب قد ثبت له الخيار في عقد الكتابة لان له ان يعجز نفسه وهو
له الخيار في العقد اذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضي كالبيع
بشرط الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين حتى ينفرد
كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر لان العقد الفاسد واجب
النقض والفسخ حقا للشرع رفعا للفساد كالبيع الفاسد وغيره
والثاني انها غير معجزة في قول ابي حنيفة وعندهما غير معجزة لانها
عقد يفضي الى العتق والعتق معجز عنده وعندهما لا يعجز لذا المكاتب
وعلى هذا يخرج ما لو كاتب رجل نصف عبده انه جازت الكتابة في النصف
وصار نصفه مكاتبا عند ابي حنيفة لان الكتابة معجزة عنده فصحت
في ذلك النصف لا غير وصار في النصف الآخر ما ذونا في التجارة لان
الكتابة تقتضي وجوب ادا بدل الكتابة ولا عكيه الا دا الا بالاذن والاذن
لا يتجزى فصار الاذن في قدر الكتابة اذنا في الكل فصار ما ذونا في
الكل ونصفه مكاتب فان ادى عتق نصفه وصار النصف الآخر
مستسعا فان شا اعتق وان شا استسعى غير مشقوق عليه بمنزلة
رجل اعتق نصف عبده فان اكتسب العبد مالا قبل الادا ينصفه له

ونصفه للمولى في قول ابي حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق
وعندهما الكسب كله للمكاتب لان نصفه صار مكاتبا وما اكتسب بعد
الاداء كله للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شيء اما على قولهما فلا
يشكل لانه حر عليه دين واما على قول ابي حنيفة فلان استسعاء المكاتب
وكسب المكاتب له واذا كاتب نصف عبده ثم اراد ان يحول بينه وبين الكسب
ليس له ذلك لانه للمكاتب نصفه فقد اذن له بالاكتساب لانه لا يتوصل
الى ايفاء الكتابة الا بالكسب فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ المكاتبة
الكتابة ولا يفسخ الا برضاه بخلاف العبد المأذون له انه يملك منعه
وحجره عن الاكتساب لانه انما صار مأذونا بالقول فيصير محجورا
عليه بحجره والاذن ها هنا لا بالقول بل بمقتضى الكتابة فلا يصير
محجورا الا بفسخ الكتابة فان اراد ان يخرج من المصر فله ان يمنعه في القياس
ولكني استحسن ان لا يمنعه وكذلك ان اراد ان يستخدمه يوما او يستسعيه
يوما ويخلي عنه يوما للكسب لما في القياس ولكنا يستحسن ان لا يتعرض
له في شيء من ذلك حتى يؤدي او يعجز كذا ذكر في الاصل وجه القياس
ان نصفه رقيق لم تزل يده عنه فله ان يمنع عن الخروج من المصر
لاجل النصف فيقول له ان كان نصفك مكاتبا فالنصف الآخر غير
مكاتب فلي المنع فكان له ان يمسكه ويستخدمه يوما كالعبد المشترك
وجه الاستحسان انه لما عقد الكتابة صار مأذونا بالاكتساب
وذلك بالخروج الى الامصار فلا يجوز له منعه وان يحول بينه وبين
الاكتساب بالاستخدام ولا يمكنه ان يخرج بالنصف دون النصف الى
ليستخدم النصف دون النصف فاما ان يحمل النصف الذي هو مكاتب
تبعا للنصف الذي ليس بمكاتب او يحمل النصف الذي هو غير
مكاتب تبعا للنصف المكاتب وهذا الثاني اولى لان الحرية والرق اذا
اجتمعا غلبت الحرية الرق وفي الكتابة شبهة من العتق لانه تعقد
للعتق في المستقبل وهي سبب من اسبابه واذا كاتب نصف عبده

واراد

واراد ان يبيع الباقي فان باعه من غير العبد لا يجوز لذا هذا ولان المكاتب
له ان يكتسب ويخرج من المصر بغير اذن المولى فصار كانه يشرط ان
لا يسلم الى المشتري ولو فعل هكذا كان البيع فاسدا كذا هذا ولو باع
نصف نفسه من العبد يجوز لانه بيع العبد من نفسه لغير بيع
في الحقيقة بل هو اعتاق بمال بدليل ان الولاء يثبت منه وبدليل
انه لو باع نصف المدبر من المدبر يجوز ولو كان بيعا لما جاز واذا
اعتق نصفه فالعبد بالخيار ان شاء ادى الكتابة وان شاء عجز ويسعى
في نصف قيمته لانه يوجد البدل وجها عتق في ذلك النصف عتق
باداء الكتابة وعتق باستسعايه فله ان يميل الى اي الجهتين شاء
عبد بين رجلين كاتب احدهما فالامر لا يخلوا اما ان كاتب نصفه
او كله وكذلك لا يخلوا اما ان يكون باذن شريكه او بغير اذنه
واذا اذن فلا يخلوا اما ان اذن له بقبض بدل الكتابة او لم يأذن
فان كاتب نصفه بغير اذن شريكه صار نصفه مكاتبا لكن لشريكه
ان ينقض المكاتبة لانه تبعض ربحه في الحال وفي الثاني لانه لا يجوز
بيعه في الحال لان نصفه مكاتب وفي الثاني يصير مستسعى فكان
له حق الفسخ والكتابة تحتمل الفسخ ولا تحتمل فسخها الا بقضاء
القاضي لان الشريك الذي كاتب تصرف في ملك نفسه فلا يفسخ
تصرفه الا بقضاء القاضي او برضى العبد فان لم يعلم الشريك
حتى ادى عتق نصفه لان الكتابة تنفذ في نصيبه فاذا وجد شرط
العتق عتق ثم الذي لم يكاتب له ان يرجع على الشريك بنقيض منه
نصف ما اخذ لان ما اخذ كان كسب عبد بينهما فكان له ان يشاركه
في المأخوذ ثم الذي كاتب له ان يرجع على العبد بما قبض شريكه منه
لانه كاتبه على بدل ولم يسلم له منه الا نصفه فكان له ان يرجع عليه
الى تمام البدل له وما يكون من الكسب في يد العبد له نصفه بالكتابة
ونصفه لشريكه الذي لم يكاتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الاداء

واما ما اكتسبه بعد الاداء فهو له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعيا والمستسعى احق بكسبه بما عقد ومكاسبه من السيد فان اختلف العبد والمولى فقال العبد هذا كسب اكتسبته بعد الاداء وقال المولى لا بل اكتسبته قبل الاداء فالقول قول العبد لان الكسب شيء حادث فيجاء حدوثه الى اقرب الاوقات وصار الحكم بعد العقد كعبد بين اثنين اعتقه احدهما فان كان موسرا فللشريك ثلاث خيارات وان كان معسرا فخياران هذا اذا كان باذن الشريك واما اذا كان بغير اذنه فليس له بقبض الكتابة فهذا والاول سواء الا في فصلين احدهما ان لا يكون له حق الفسخ ها هنا لوجود الرضا والثاني انه ليس له ان يضمنه نصف القيمة بعد ما عتق لانه رضي بالعتاق حيث اذن له في الكتابة وان كان اذنه له بقبض بدل الكتابة فهذا والاول سواء الا في ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما والثالث ان ما قبض ليس له ان يشاركه هذا اذا كاتب النصف فاما اذا كاتب الكل فهذا والاول سواء الا في فصل واحد وهو انه اخذ الشريك منه نصف ما قبض من المكاتبة لا يرجع بذلك على المكاتب هذا اذا كان بغير اذن الشريك فاما اذا كان باذنه واجاز قبل ان يؤدي صار مكاتبا بينهما فلا يعتق جميعه الا باداء الالف اليهما جميعا فان ادى اليهما معا عتق وان ادى الى احدهما اولا لا يعتق لان المكاتبة وقعت صفقة واحدة هذا اذا لم يأذن له بقبض الكتابة فان اذن له بقبض الكتابة فادى اليهما عتق كله وان ادى جميعه الى الذي كاتب عتق كله والمال بينهما وان ادى كله الى الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه الى شريكه وهذا كله قول ابي حنيفة فاما على قولهما فان كتابة النصف وكتابة الجميع سواء الا ان الكتابة عندهم الا تتجزى فان لم يجز صاحبه حتى ادى يعتق كله ويأخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد بما قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذي لم يكاتب والولاء كله للذي كاتب لم يكاتب والولاء كله

للذي

للذي كاتب ويضمن حصة شريكه ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا وان اجاز شريكه صار مكاتبا بينهما فان ادى اليهما معا عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وان ادى الى احدهما لا يعتق حتى يصل نصفه الى الآخر لا يعتق الا اذا اذن شريكه بقبض الكتابة فان ادى كله الى المأمور يعتق وان ادى كله الى الآمر لا يعتق حتى يصل نصفه الى المأمور يعتق وان كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفراد بان كاتب احدهما نصيبه على الف درهم ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار وصار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له فان ادى اليهما معا عتق وان ادى الى احدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الآخر فيما قبض لانه لما كاتب صار راضيا بكتابة وللمكاتب ان يقضي عزيما دون عزيم ونصيب الآخر مكاتب على حاله فان ادى نصيب الآخر عتق والولاء بينهما وان لم يؤد نصيب الآخر وكلنه عجز صار كعبد بين اثنين اعتقه احدهما والجواب فيه معروف وكذلك لو كاتب كل واحد جميع العبد صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له بالبدل الذي سمي فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق والحكم فيه ما ذكرنا ان لو كاتب كل واحد منهما نصيبه وهذا قول ابي حنيفة واما على قولهما مكاتبة البعض ومكاتبة الكل سواء فان ادى اليهما عتق والولاء بينهما وان ادى الى احدهما اولا عتق كله من المؤدي اليه وثبت الولاء منه ويضمن ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا الآن على قول محمد يضمن او يسعى العبد في نصف القيمة او في كتابة الآخر في الاقل منهما وقال ابو يوسف بطلت كتابة الآخر وانما يضمن او يسعى في نصف قيمته لا غير ولو كان عبد بين اثنين كاتباه جميعا مكاتبة واحدة فان ادى الى احدهما حصته لم يعتق حصته منه ما لم يؤد جميع المكاتبة اليهما لانهما جعلا شرط عتقه اداء جميع المكاتبة فلا يعتق الا بوجود الشرط

مكاتبته يثبت النسب لان له فيه تاويل الملك ثم المكاتبة بالخيار ان شاءت
مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها لانه قد شبه لها حق الحرية
من وجهين فلها ان تختار ايهما شاءت لا تصير كلما ام ولد له لان الاستيلاد
عندنا يتجزى فيما لا يمكن نقل الملك فيه فان مضت على الكتابة اخذت
منه عقرها واستعانت به على ادا بدل الكتابة وان عجزت نفسها فردت
الى الرق فانما تصير ام ولد للمستولد لان المعنى المانع من نقل الملك
قد زال ويضمن للشريك نصف قيمتها مكاتبة ونصف عقرها ولا
يلزم من قيمة الولد شيا وهذا قول ابي حنيفة وعلى قولهما صارت
الجارية كلها ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى ويطلب الكتابة فتقوم
للشريك نصف القيمة ونصف العقر موسرا كان او معسرا وعلى قول محمد
وجب ان يضمن الاقل من نصف العقر ومن كتابة شريكه عبد كافر بين
مسلم وذمي فكاتب الذمي نصيبه باذن شريكه على خمر جازت الكتابة
في قول ابي حنيفة ولا تجوز في قول ابي يوسف ومحمد ولا شريكه للمسلم
فيما اخذ النصراني منه من الخمر بناء على ان الكتابة منجزة عند ابي حنيفة
كالعتق فلما كاتب الذمي نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت المكاتبة
على نصيب نفسه خاصة والذمي اذا كاتب نصيبه على خمر جاز كما لو
باع نصيبه بخمر واما عندهما فالمكاتبة فاسدة لان من اصلهما ان
العقد انعقد لهما حيث كاتب باذن شريكه فلما بطل نصيب المسلم بطل
نصيب الذمي لانه مكاتبة واحدة فاذا بطل بعضها بطل كلها ولا شركة
للمسلم فيما اخذ النصراني منه من الخمر لان المسلم ممنوع من قبض الخمر
وان كاتباه جميعا على خمر مكاتبة واحدة لم يجز في نصيبه واحد منهما
اما في نصيب المسلم فلا اشكال واما في نصيب الذمي فلان المكاتبة واحدة
فاذا بطل بعضها بطل الكل ولو ادى اليهما عتق وعليه قيمته للمسلم
وللذمي نصف الخمر واما العقر فلا اداء اليهما فلان الكتابة فاسدة وهذا
حكم الكتابة الفاسدة اذا ادى انها تعتق كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر

مكاتبته

قاذ مي الا انه لا يسعى في نصف قيمته للمسلم ولا يسعى في نصيب
الذمي لان الذمي قد سلم له شرطه لان الخمر مال متقوم فرجحه وليس
بمال متقوم في حق المسلم فليسع في نصف قيمته له والله اعلم **فصل**
واما حكم المكاتبة ويندرج فيه بيان ما يملك المولى من التصرف في المكا
وما لا يملكه فنقول ولا قوة الا بالله المكاتبة انواع ثلاثة صحيحة
وفاسدة وباطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها يتعلق بما يقابل
او ابدل الكتابة وبعضها يتعلق بنفس بدل الكتابة اما الاول
فزوال يد المولى عن المكاتب وصيرورة المكاتب احق بما في يده وكما
وصيرورة المولى كالاجنبي عنها وثبوت حق المطالبة للمولى ببدل
المكاتبة وثبوت حق الحرية للمكاتب لان ما هو المقصود من هذا العقد
من الجانبين لا يحصل بدونها وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك المولى
بالمكاتبة اختلف المشايخ فيه قال علمائنا لا تزول وقال بعضهم يزول
عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري على
اصل ابي حنيفة ان المبيع يزول عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري
وهذا غير سديد لان الملك صفة اضافية يستحيل وجوده بدون المضاف
اليه كسائر الاوصاف الاضافية من البنوة والابوة والاخوة والشركة و
نحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له وهكذا القول في باب البيع
ان المبيع في الحقيقة ملك البايع او ملك المشتري الا انا لا نعلم ذلك
ذلك في الحال لانا لا نعلم ان العقد جاز او انفسخ فيتوقف في علمنا
لجهلنا بعاقبة الامر وعند الاجازة او الفسخ يتبين ان كان ثابتا
للمشتري او للبايع من وقت البيع حتى يظهر في حق الولد هذا
معنى قول ابي حنيفة رحمه الله في تلك المسايل وقاني هذه الجملة
في مسايل اذ الكاتب عبده كتابة صحيحة صار ماذونا في التجارة
لانه وجب عليه اذا بدل الكتابة ولا تمكنه من الاداء الا بالكسب والتجارة
كسب وليس لاحد ان يمنعه من الكسب ولا من السفر ولو شرط عليه ان لا

لا يسافر كان الشرط باطلا لان الكتابة صحيحة لما مر وليس لاحد ان
ياخذ شيا من يده لان كسبه له ولا تجوز اجارته ورهنه لان الاجارة تمليك
المنفعة ومنافع المكاتب له والرهن اثبات ملك اليد للمرتهن وملك
اليد للمكاتب ولا يجوز استخدامه واستغلاله لانه ذلك تصرف في المنافع
والمنافع له ويجوز له اعتاقه ابدا بالاجماع لان جوازه لعجز ملك
الرقبة والله قايم سواء كان المولى صحيحا او مريضا غير انه ان كان صحيحا
يعتبر محاباته وان كان مريضا والعبد يخرج من الثلث وكذا اجازة
الورثة وان لم تجز الورثة فله الخيار في قول ابي حنيفة ان شاء سعى
في ثلثي القيمة حالا وان شاء سعى في ثلثي الكتابة موجلا وعند ابي
يوسف ومحمد لا خيار له ويسعى في الاقل لان الكتابة قد سقطت الا
عتاق والاعتاق في المرض بمنزلة التدبير ولو دبره كان حكمه هذا على
ما ذكرنا في كتاب التدبير كذا اذا اعتقه في المرض ويجوز له اعتاقه من
الكفالة عندنا خلافا للشافعي والمسئلة تذكر في كتاب الكفارات ان شا
الله تعالى ولو اعتق الولد المولود او المشتري في الكتابة جاز ولا يسقط
شيء من بدل الكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر وجه
القياس ان في اعتاقه ابطال حق المكاتب لانه يملك كسب ولده
المولود والمشتري وبالاعتاق يبطل واليه اشار في الاصل فقال لان للمكاتب
ان يستخدمهم وجه الاستحسان ان المكاتب انما يسعى في حرية
نفسه واولاده وقد نال هذا المقصود وانما يسقط من بدل الكتابة
شيء لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط شيء منه بعتق الولد ولو اعتق
ام ولد مكاتبه لم يجز لان المكاتب لو اعتق كاتسابي ام ولد على حالها
لانها لم تفسخ مكاتبة بكتابته ولا تفسخ بعتق المكاتب ولا يجوز له
بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف لان فيه ابطال حق المكاتب
من غير رضاه وملك الحرية فلا يجوز بيعه كالمدبر وام الولد
وان رضي المكاتب جاز ويكون ذلك فسخا للكتابة لان امتناع

لجواز ان لحق المكاتب فاذا رضي فقد زال المانع وذكر ابن سماعة عن محمد ان المولى والمكاتب اذا اجتمعا في البيع ان البيع لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية انه لما باع المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون اقاله والكتابة تحتمل الاقاله وما روي ان عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وكانت مكاتبة فمحمول ان ذلك كان برضاها وعلى هذا الهبة والصدقة والوصية ولو كان جارية لا يحل له وطيها عزم المعتق لها يستعين به على ادا بدل الكتابة لانه بدل متقوم مملوكة لها ولو وطيها فعلقت منه ثبت نسب الولد اذا ادعاه لان الشبهة تثبت بشبهة الملك وتاويل الملك فلا يثبت حقيقة الملك اولي صدقته المكاتبة اولدته لما مر ثم ان جات بولد لاكثر من ستة اشهر فعليه العقر وان جات به لاقل من ستة اشهر فلا عقر عليه والمكاتبة بالخيار ان شا مضت على كتابتها وادت وعتقت واخذت العقر اذا كان العلوق في حال الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولده وسقط العقر لما ذكرنا في كتاب الاستيلاد ولو جني المولى على المكاتب عزم الارش يستعين به على الكتابة ولو استهلك شيا من كسبه فهو دين عليه لانه احق بكسبه من المولى فكان في مكاسبه كالحر وكذا اذا استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا ولا يشتري المكاتبة امراته لانه يفسخ النكاح وكذا لو اشترت المكاتبة زوجها لان الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك يمنع ابتدا النكاح ولا يمنع البقا كالعدة انما يمنع انشا النكاح واذا طرق على النكاح لا يبطله ولهذا قال اصحابنا ان المولى اذا زوج امته من مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الاب لان البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك بل ثبتت لها حق الملك فيمنع ذلك من الابتدا ولا يمنع البقا ولو سرق منه يجب القطع على السارق لان المكاتب احق بما في يده ومكاسبه فكان له حق الخصومة فيه كالحر فيقطع بخصومته ولو جني المكاتب على انسان خطا فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان رقبته مملوكة للمولى

الا انه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب الكتابة فصار كالعبد القن اذا جني جنايه ثم اعتقه المولى من غير علمه بالجنايه والحكم هناك ما ذكرنا كذا هاهنا فينظر ان كان ارش الجناية اقل من قيمته فعليه ارش الجناية لان المجني عليه لا سبيل له على اكثر من ذلك فاذا دفع ذلك فقد سقط حقه وان كانت قيمته اقل من ارش الجناية فعليه قيمته لان حكم الجناية تتعلق بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى وهي لا تحتمل اكثر من قيمتها فلا يلزمه اكثر من ذلك وكذا ان جني جنايات خطا قبل ان يحكم عليه بالجناية الاولى الاول لا يجب عليه الا قيمة واحدة وان كثرت جناياته في قول اصحابنا الثلاثة وهي قول زفر يجب عليه في كل جناية الاقل من ارشها ومن قيمته وهذا نوع اختلاف بينهم في ان جنايته تتعلق برقبته او بذمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة لا تتسع لاكثر من قيمة واحدة وعند زفر تتعلق بذمته والذمة متسعة والصحيح قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى وانما تعذر الدفع في الجملة بان يعجز فيدفع الا انه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة من غير اختيار فصار كما لو جني جنايات ثم اعتقه المولى من غير علم بها وهناك لا يلزمه الا قيمة واحدة كذلك ها هنا اذا جني ثنايا قبل ان يحكم عليه الحاكم بالاولى فاما اذا حكم الحاكم بالاولى ثم جني ثانيا فانه يلزمه قيمة اخرى بالجناية الثانية لانه لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته الى ذمته فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جناية متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة وفرق بين هذا وبين ما اذا حفر الكتابي بيرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان فوجب عليه ان يسعى في قيمته يوم حفر ثم وقع فيها اخر انه لا يلزمه اكثر من قيمة واحد سواء حكم الحاكم بالاول اولم يحكم ووجه الفرق ان هناك الجناية واحدة وهي حفر البير فالضمان الذي يلزمه انما يلزمه بسبب واحد فوقوع الثاني وان كان بعد الحكم الحاكم لكن بسبب سابق على حكمه فصار كانه قتلهما دفعة واحدة فلا يلزمه الا قيمة

واحدة فاما هاهنا فقد تعذرت الجناية والثانية حصلت بعد فراغ رقبته
من الاولي وانتقالها الي ذمته فيتعذر السبب بتعذر الحكم والوسط
حايط مايل اشهد عليه علي انسان فقتله فعليه ان يسعي في قيمته
لان المكاتب مملك النفس فيصح الاشهاد عليه كما في الحر وتجب عليه
قيمة نفسه كما لو قتل اخر خطا وكذلك اذا وجد في دار المكاتب قتيل
فعليه ان يسعي في قيمته لان المكاتب مملك النفس فيصح الاشهاد
عليه كما في الحر وتجب عليه قيمة نفسه كما قتل اخر خطا وكذلك اذا وجد
في دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعي في قيمته لان المكاتب مملك النفس
فيصح الاشهاد عليه كما في الحر وتجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل اخر خطا
وكذلك اذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعي في قيمته الا اذا
كانت قيمته اكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم فان جني
جنايات ثم عجز قبل ان يقضي بها وقعه مولاه بها او فداه واذ قضي
عليه بالسعاية ثم عجز بمعني دين في عنقه يباع فيه لانه اذا لم يقض عليه
لم تنصر القيمة دينا في رقبته فهو كعبد قتل حين جنايته انه يخاطب
مولاه بالدفع او الفداء واذا قضي عليه بالقيمة صار ذلك دينا في رقبته
فاذا عجز صار كما لو حكم حكم عبد لحقه الدين ان يباع او يقضي السيد دينه
هذا اذا كانت جنايته خطا فان كانت عمدا فان قتل رجلا عمدا اقتل به
لانه لو كان حر القتل به فالمكاتب اولي هذا اذا جني المكاتب علي غيره
فاما اذا جني غيره عليه فان كان خطا فالارش له والارش ارش العبيد
اما كون الارش له فلان اجزاه ملحقة بالمنافع وهو احق بمنافعه
واما كون ارشه ارش العبيد فلانه عبد ما بقي عليه درهم بالحديث
فكانت الجناية عليه جناية علي العبد فكان ارشها ارش العبيد وان كان
عمدا فالمسئلة علي ثلاثة اوجه في وجه يجب القصاص في قولهم وفي
وجه لا يجب في قولهم وفي وجه اختلفوا فيه اما الاول هو ان يقتل
رجل عمدا ولم يترك وفاء للولي ان يقتل القاتل لانه اذا لم يترك وفاء فقد

مات عاجزا فصار عبدا والعبد اذا قتل عمدا يجب القصاص علي قاتله
ان كان عبدا بالاجماع واذا كان حرا عندنا كذلك هاهنا واما الوجه
الثاني فهو ان يقتل عمدا ويترك وفاء ويترك ورثة احرارا سوي المولي
فلا يجب القصاص لاشتباهه وفي القصاص لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم في ان يموت حرا او عبدا علي ما نذكر فمن قال مات
حرا قال ولايته الاستيفاء للورثة ومن قال مات عبدا قال الولاية للمولي
فاشبه المولي فلم يجب القصاص فان قيل قياس هذه النكتة انه اذا
اجتمع المولي والورثة ينبغي ان يجب القصاص لارتفاع الاشتباه
عند الاجتماع كالعبد الموصي برقبته لانسان وبخدمته لاخر اذا
قتل ان لهما ان يجتمعا ويقتلاه وكذا العبد المرهون اذا قتل فاجتمع
الراهن والمرتهن علي القصاص ان لهما ان يستوفياه كذلك هاهنا فما
الجواب ان المانع هو اشتباه المولي وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع
لان الولاية لاحدهما وهو المولي او الوارث وهذا النوع من الاشتباه
لا يزول باجتماعهما بخلاف مسئلة الوصية لان هناك لا اشتباه
فان الولاية لصاحب الرقبة لان الملك له الا ان لصاحب الخدمة فيها
حق فاذا اجتمعا في الاستيفاء فقد رضي باسقاط حقه او نقول
لصاحب الخدمة حق قوي يشبه الملك فصار ممنزلة عبد بين شريكين
قتل فاجتمع الوليان علي الاستيفاء وبخلاف مسئلة الرهن فان للمرتهن
القصاص هناك هو الراهن اذ الملك له الا ان للمرتهن فيه حقا فاذا
رضي بالاستيفاء فقد رضي بسقوط حقه وها هنا بخلافه علي ما بينا
واما الوجه الثالث فهو ان يقتل عمدا ويترك وفاء ولا وارث له سوي
المولي فعلي قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب القصاص للمولي لانه
لا اشتباه هاهنا لان القصاص يكون للمولي كيفما كان سواء مات حرا
فالولاية تثبت بالارث او عبدا وقال محمد لا يجب لان الولي ان لم يشتبه
بسبب ثبوت الولاية قد اشتبه لانه ان مات حرا فالولاية تثبت بالارث

وان مات عبدا فالولاية تثبت بالملك والجواب عن هذا من وجهين
احدهما ان السبب لم يشتبه لان السبب واحد وهو الملك والولا
اثر من اثار الملك والثاني ان سلمنا ان السبب قد اشتبه لكنه
لا اشتباه في الحكم وهو الولاية لانها ثابتة بيقين بايّ سبب كان
فان قتل ابن المكاتب او عبده عمدا فلا قود فيه لان المكاتب وهو اب
المقتول او مولى العبد لو عمد كان القصاص له ولو عجز كان القصاص
للمولى فاشتبه الولي وعبد اعلى في الاصل فقال ابو حنيفة لا ادري انه للمولى
او للمكاتب ومعناه ما ذكرنا واذا اجتمعا على ذلك لم يقتص ايضا لان
الولاية لاحدهما وهو غير معلوم فان عفوا فعفوهما باطل والقيمة
واجبة للمكاتب اما بطلان العفو فلما عفو المولى فلانه لا يملك كسب
المكاتب فلا يصح عفوه واما عفو المكاتب فلان القيمة قد وجبت على القاتل
فكان امر المكاتب تبرعا منه ولانه لا يملك التبرع فان قتل المولى
مكاتبه عمدا او خطا فلا قصاص عليه في العمد بلا شك لان رقبته مملوكة
فتصير شبهة سواترك وفا اولم يترك لا يجب القصاص لما قلنا غير
انه ان ترك وفا فعلى المولى قيمته فيقتضى ما كتابته وكذلك لو قتل
ابنه لان القصاص قد سقط بالشبهة فتجب الدية فيسقط عنه
قدر ماله من الكتابة لان الاصل ان كل دينين التقيا من جنس واحد
في الزمة وليس في اسقاطه ابطال العقد ولا استحقاق قبضه في المجلس
فانه يصير احدهما بالاخر قصاصا وما بقي يكون لوارثه لا للمولى
لانه قاتله فلا يرث منه وانما يصير ذلك قصاصا اذا حل اجل الدية
لان القيمة وجبت عليه بالقتل موجلة ولو قتل عبدا المكاتب رجلا خطا
يقال للمكاتب ادفع اداءه بالدية لان العبد من تجارته وكسبه فكان
التدبير اليه كعبده المأذون حتى يتخير المأذون بين الدفع
والفداء المكاتب اولى بخلاف كسبه واذا تحمل الثقل فتقدر الرفع
من غير اختيار فصار كما لو اعتق العبد الجاني من غير علمه بالجناية

والله يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كذا هنا ويوخذ المكاتب
بأسباب الحدود الخالصة وغيرها نحو الزنا والسرقة والشرب والسكر
والقذف لان الفن يوخذ بها فالمكاتب اولى ولا يقطع في سرقته
من مولاه لانه عبده وكذا لا يقطع في سرقته من ابي مولاه ولا من امراة
مولاه ولا من كل ذي رحم محرم من مولاه لان واحدا من هولاء لو سرق
من المولى لا يقطع فكذا مكاتبه وكذا ان سرق واحد من هولاء من المكاتب
لا يقطع لان واحدا منهم لو سرقه من المولى لا يقطع فكذا اذا سرق من
المكاتب ولو سرق منه اجنبي يقطع بخصومته لان المكاتب احق
بما في يده وكاسبه فكان له حق الخصومة كالحر فيقطع بخصومته
وتصح من المولى دعوة نسب ولد امته المكاتبة اذا لم يكن له نسب
معروف صدقته المكاتبة او كذبته جاءت به لاقل من ستة اشهر او
لستة اشهر او لاكثر لما ذكر فيما تقدم اذا دعي نسب ولد جاريته مملوكه
رقبة فكان ولدها مملوكا له ايضا ونسب ولد الجارية المملوكة يثبت
بالدعوة من غير الحاجة الى التصديق ثم الامة بالخيار ان شاءت عجزت
نفسها وان شاء مضت على الكتابة فلهما العقران كان العلوق
في حال الكتابة بان جاءت به لاقل من ستة من وقت الكتابة لانهما
احق بما في يديهما وكاسبهما والمولى كالاجنبي عنهما والعقر بدل منافع
بضعها فيكون لهما وان عجزت نفسها وصارت ام ولد له سقط العقر
هذا اذا استولد مكاتبة فان دبر مكاتبة فكذلك هو بالخيار ان شاء نقض
الكتابة وان شاء مضى عليهما لتوجد العتق اليه من وجهين فكان
له الخيار فان مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف
فيه فيما تقدم ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف
وقد علقت به في ملك المكاتب صحت دعوته لما قلنا ويحتاج فيه الى تصديق
المكاتب ببدل الكتابة لانه دين قاصر حتى لا يجوز الكفالة به عند عامة
العلماء خلافا لابن ابي ليلى هو يقول دين تنصح الكفالة به كساير الديون

ولنا ان حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل مثل ما في ذمة الاصل وهذا
لا يتحقق هاهنا لان الثابت في ذمة الاصيل دين يحبس به ودين الكتابة
لا يحبس به فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة مثل
ما في ذمة المكفول عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف سائر الديون
واما الذي يتعلق باداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب ولا يعتق الا باداء جميع
بدل الكتابة عند عامة العلماء وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه وقال علي
رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى ويبقى الباقي رقيقا وقال عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه اذا اعطى مقدار قيمته عتق ثم يصير بمنزلة
الغريم وقال عبد الله بن عباس اذا كاتب العبد مولاه فهو غريم من
الغرماء وهذا يدل على ان مذهبه ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة
وقد روي محمد بن الحسن عن شريك مثل ذلك وجه قول علي ان الكتابة
عقد معاوضة فاذا ادى العبد بعض بدل الكتابة الى المولى فقد ملك
المولى ذلك القدر ولو لم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى
ملك البدل والمبدل وهذا لا يجوز وجه قول عبد الله بن مسعود ان
قيمة العبد ماليته فلو عتق باداء ما هو اقل من قيمته لتضرر به المولى
واذا ادى قدر قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس انه لو لم
يعتق بنفس العقد لرجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى على
عبده ولان الكتابة اعتاق على مال ومن اعتق عبده على مال وقبل العبد
عتق والمال دين عليه كذا هاهنا وجه قول زيد رضي الله عنه قول
النبي صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهذا نص في الباب
ولان المولى علق عتقه باداء جميع بدل الكتابة فلا يعتق ما لم يوف جميعه
كما لو قال لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر انه لا يعتق ما لم يوف جميع
الالف كذا هاهنا ثم العتق كما يثبت باداء بدل الكتابة يثبت باداء العوض
لان عوض الشيء يقوم مقامه ويسد مسده كتابة هو كما في البيوع
البيع وغيره على ان بدل الكتابة دين في ذمة العبد وقضاء الديون يكون

باعواضها الا باعيانها وكذا يثبت بالاداء ما يذكر ثم اذا ادى بدل الكتابة
وعتق يعتق ولده المولود في الكتابة بان ولد لمكاتب ولد من امته //
اشتراها صار مكاتبا تبعا للاب فيثبت فيه حكم الاصل الا ان للمولى
ان يطالب الاب دون الولد لانه لم يدخل في العقد مقصودا بل تبعا
فلا يملك مطالبة البيع حال قيام المتبوع ولما يعتق المكاتب بالاداء
من كسبه يعتق باداء من كسب ولده لان كسب الولد كسبه فاذا اديا
يعتقا هو وولده وكذا ولده المشترى في الكتابة وولد ولده وان سفل
والوالدون وان علوا اذا اشتراهم المكاتب يدخلون في الكتابة
كالولد المولود سواء لا فرق بينهم الا في فصل واحد وهو انه اذا مات
المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى وللوالدين اما ان تؤدوا الكتابة
حالا والا تردوا فاكم في الوفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لما يذكر واما
ما سوى الوالدين والمولودين من ذي الرحم المحرم كالاخ والعم والخال
فهل يدخلون في الكتابة قال ابو حنيفة لا يدخلون وقال ابو يوسف
ومحمد يدخلون ويسعون على النجوم بمنزلة الوالدين والمولودين و
الاصل عندهما ان كل من ادى ملكه يعتق عليه فاذا ملك المكاتب بكتابة
عليه ويقوم مقامه وجه قولهما ان الكتابة عقد يفضي الى العتق
فيعتبر بحقيقة العتق والحكم في الحقيقة هذا كذا في السبب المفضي
اليه ولهذا اعتبر حقيقة العتق في الوالدين والمولودين كذا هاهنا
ولابي حنيفة ان الاصل ان لا يثبت التكاتب رأسا لان ملك المكاتب
ملك ضروري كالولد مملوكا ما بقي عليه درهم فلا يظهر في حوائج
التبرع والعتق وانما يظهر في حق حرمة نفسه الا ان حرمة ولده وابويه
في معنى حرمة نفسه لكان الجزئية ولم توجد في سائر ذوي الرحم المحرم
فيبقى الامر فيهم على الاصل وبدل القياس من وجه آخر يقتضي ان
لا يدخل الولد لان كسبه وحق الجزئية لا يسري الى الكسب كالكسب
ام الولد والمدبر وانما استحسنا في الاولاد بحكم الجزئية ولم يوجد والولد

المتصل قبل العقد لا يدخل في الكتابة ويكون للمولى ولو اختلفا فقال المولى
ولد قبل العقد وقال المكاتب بعد العقد ينظر ان كان الولد في يد المولى فا
لقول قوله انه انفصل قبل العقد وان كان في يد الامة فالقول قولهما ويحكم
فيه للحال كمن استاجر عبدا ومضت مدة الاجارة ثم اختلفا فادعى المستاجر
الاياق والاخر نيكر انه ينظر ان كان في الحال ابقا فالقول قول المستاجر وان
لم يكن في الحال ابقا فالقول قول الاجر وكذلك هذا في الطاحونة اذا اختلفا
في انقطاع الماء وجريانه فان كان في الحال منقطعا فالقول قول المستاجر
وان لم يكن في الحال ابقا فالقول قول الاجر وكذلك هذا في الطاحونة
اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه فان كان في الحال منقطعا فالقول قول
المستاجر وان كان جاريا فالقول قول المستاجر لانه نيكر وجوب الزيادة و
سواء كان الاداء في حال حياة العاقدين او بعد موتهما حتى لو مات المولى فادى
المكاتب الى ورثته عتق لان العقد لا ينفسخ بموت المولى بلا خلاف وكذلك
لو مات المكاتب عن وفاء يودي بدل كتابته الى المولى ويحكم بعتقه عندنا
وعند الشافعي لا يعتق ويسلم البدل للمولى بناء على ان عقد الكتابة لا ينفسخ
وقد اختلف الصحابة في المكاتب اذا مات عن وفاء انه يموت حرا او عبدا
قال علي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود يموت حرا او كعبد او يودي
في كتابته ويحكم بحريته وبه اخذ اصحابنا وعن زيد بن ثابت انه يموت
عبدا والمال كله للمولى وبه اخذ الشافعي وجه قول الشافعي انه لو عتق لخلا
اما ان يعتق قبل موته واما ان يعتق بعد موته ولا سبيل الى الاول لان
العتق يحلق بالاداء البدل والاداء لم يوجد قبل الموت ولا سبيل الى الثاني
لان محل العتق قد فات لان محله الرق وقد فات بالموت واثبات الشيء
في غير محله محال فامتنع القول بالعتق ولا يقال انه يعتق مستندا
الى اخر جزء من اجزاء حياته لانه قابل للعتق في ذلك الوقت لان الاصل
فيما يثبت مستندا يثبت للحال ثم يستند الا ترى ان من باع مال الغير
يوقف على اجازة المالك عندكم فان هلك قبل اجازة المالك لا لحقه الاجازة

لان

لان الحكم يثبت عند الاجازة مستندا فيراعي محل قيام محل الحكم للحال والمحل
هاهنا لا يحتمل العتق للحال ولهذا روي عن قتادة انه قال قلت لسعيد من
السبب ان شريحا قال في المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين بدين
الكتابة ثم بالدين فقال سعيد اخطا شريح قال في المكاتب اذا مات عن وفاء
وان كان قاصيا فان زيد بن ثابت يقول ان المكاتب اذا مات عن وفاء و
عليه دين بدين بالدين ثم بالكتابة فاختلاف الصحابة في الترتيب
دليل على اتفاقهم على ان عقد الكتابة بعد الموت فزوائد قتادة تشير
الى اجماع الصحابة على ما قلنا ومثله لا يكذب فلا يعتد بخلاف الشافعي
ولان العتق في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى اما صورة ومعنى
بالاستيفاء واما معنى بلا صورة باخذ العوض او الابراء لا بصورة الاداء
من المكاتب لان العتق يثبت من غير اداء اصلا باخذ المولى وبالابراء
وقد سلم البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا صورة
بالابراء اما طريق الاستيفاء فلان هذا عقد معاوضة من المولى والمكاتب
وحكم في جانب المولى ملك البدل وسلامته وفي جانب المكاتب سلامة
رقبته بالحرية وسلامة اولاده ومكاسبه حال سلامة البدل للمولى وفي
الحال زوال يد المولى عنه وصيرورته احق بمنافعه ومكاسبه وقد
يثبت الملك في البدل للمولى في ذمة العبد للحال حتى لو تبرع انسان
عنه بالاداء وقبل المولى صح ولو ابراه جاز الابراء وعتق ولو احال
المكاتب مولاه على غريم له عليه دين من اكسابه وقبل المولى صح وعتق
فاذا ثبت الملك للمولى في البدل كان ينبغي ان يزول البدل عن
ملكه وهو رقبة المكاتب ويسلم له رقبته تحقيقا للمساواة في عقد
المعاوضة اذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والرقبة كما في سائر المعاوضات
من البيع والاجارة وكما في الخلع والاعتاق على مال الا ان الزوال لو ثبت
هاهنا للحال لبقي الدين في ذمة المفلس ويتكاسل في الاداء فيتضرر به
المولى فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضة

في ثبوت السلامة وزوال اليد من المولى الا بسلامة البدل له على الكمال نظرا
للموالي وترغيبا لهم في عقد الكتابة ونظرا للعبيد ليتوصلوا الى العتق
فاذا احرز حيازته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته الى اكسابه
كما في الحر الا ان الكسب قد لا يسلم له اما بالهلاك او باخفاء الورثة فاذا
ادى ذلك الى المولى فقد وجد الشرط وهو سلامة البدل لعجزه عن الادا
بنفسه وانتقل الى المال خلفا عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه او
وارثه او وصي القاضي فاذا ادى النايب سقطت المطالبة عنه
الغايب في احرز حيازته فيبرى عن بدل الكتابة ويسقط عنه المطالبة في
ذلك الوقت فصار في ذلك الوقت وقد حرز الجواب عما ذكره الشافعي
لما ذكرنا ان الشرط ليس هو صورة الادا بل سلامة البدل صورة ومعنى
بالاستيفا او معنى بالابرا وقد حصل ومن اصحابنا من قال انه يعتق
بثبوت بدل الادا مقصورا عليه ويبقى حيا تقديرا لاحراز شرف الحرية
كما انا يبقى المولى حيا بعد الموت تقديرا لاحراز بدل الكتابة او يثبت
العتق فيه وهو ميت حقيقة وتقديرا على اختلاف طرق اصحابنا وذلك
على ما عرف في الخلافيات ولو مات المكاتب وترك وفا واولادا احرارا او
ولد وامن امراة حرة يودي بدل كتابته وما فضل يكون ميراثا لاولاده
الاحرار لان المكاتب يعتق في احرز من اجزا حيازته ثم يموت فيموت حرا
فيرث منه اولاده الاحرار وكذا اولاده الذين ولدوا في الكتابة لانهم صاروا
مكاتبين تبعا له فاذا عتق هو في احرز حيازته يعتقون هم ايضا تبعا فاذا
مات هو فقد مات حرا وهم احرار فيرثونه وكذا اولاده الذين اشترا هم
في الكتابة ووالده لما قلنا وكذا ولده الذي كوتب معه كتابة واحدة لانه
عتق معه كتابة واحدة في احرز حيازته فيرثه واما الذي كاتبه كتابة على حدة
لا يرثه لانه لا يعتق بعتقه فيموت حرا وولده مكاتب والمكاتب لا يرث
الحر ولو مات وترك وفا وعليه دين اجنبي ودين المولى غير الكتابة
او وصايا من تدبير وغيره وترك ولدا حرا وولد الذي في الكتابة من امته

فيبدا بدين الاجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث بين سايير
اولاده وبطل وصاياه اما بطلان وصاياه فلوجهين احدهما يخص التدبير
والثاني يعم سايير الوصايا اما الاول فلان المدبر لما عتق بموت السيد والمكاتب
ليس من اهل الاعتاق واما الثاني فلانه اذا ادى عتق بحكم العقد
في احرز جزو من اجزا حيازته وذلك زمان لطيف لا يسع للوصية بل ينتقل الملك
الى الورثة والملك للموصى له يثبت بعد الوصية الذي هو فعله فاذا
لم يتسع الوقت لامكنه اثباته بخلاف الميراث لان الملك ينتقل الى الورثة
من غير صنع العبد واذا بطلت الوصايا بقيت الديون واما ترتيب
الديون فيبدا بدين الاجنبي لان الاصل في الديون المتعلقة بالتركة
ان يبدا بالاقوى فالاقوى كما في دين الصحة مع دين المرض ودين الاجنبي
اقوى من دين المولى لانه لا يبطل بالرق ودين المولى يبطل به الا ترى
انه لو عجز رد في الرق بطل دين المولى ولا يبطل دين الاجنبي بل يباع فيه
فيبدا بدين الاجنبي ثم ينظر في بقية التركة فان كان فيها وفا بدين المولى
وبالكتابة بدئ بدين المولى ثم بالكتابة لان دين المولى اقوى من دين الكتابة
بدليل انه تصح الكفالة به ولا تصح بدين الكتابة وكذا المكاتب يملك اسقاط
دين الكتابة عن نفسه قصدا بان يعجز نفسه ولا يملك اسقاط دين
المولى قصدا بل يسقط ضرورة سقوط الكتابة فكان دين المولى اقوى
فيقدم على دين الكتابة وان لم تكن في التركة وفا بالديون جميعا يبدا
بدين الكتابة لانه لو بدئ بقضا دين المولى لبطل القضا لانه اذا قضى ذلك
فقد صار عاجزا فيكون قد مات عاجزا فتبطل الكتابة فلم يصح القضا
لانه بالعجز عاد قنا ولا يجب للمولى على عبده القن دين وليس في العبادة
بدين الكتابة ابطال القضا فكان اولى فيبدا بالكتابة حتى يعتق ويكون
دين المولى في ذمته يسعى فيه اذا ظهر له مال وما فضل من هذه الديون
فهو ميراث لاولاده الاحرار من امراة حرة ولاولاده المولود في الكتابة
لانهم عتقوا بعتقه في احرز جزو من اجزا حيازته فيرثون كالحر الاصلي

ولومات وترك وفاء وعليه دين وحنايته ومكاسبه ومهر واولاد احرار من امراة
حرة واولاد ولد زنا في الكتابة من امته واولاد استراهم بعد الدين ثم
بالجناية ثم بالكتابة ثم يكون الباقي ميراثا بينهم لان الدين اولى من الكتابة
لما بينا ثم ينظر الى ما بقي من المال فان كان فيه وفاء بالكتابة فاذا بعد الجناية
وسعى فقضى بالجناية يصير عاجزا اذا لم يكن في الباقي وفاء وان لم يكن في المال
وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالجناية اولم يكن فمقدمات للكاتب عبدا وبطلت
الجناية لانه لا حق لصاحب الجناية في مال العبد وانما كان حقه في الرقبة وقد
فاتت الرقبة هذا اذا كان القاضي لم يقض بالجناية في حال حياته فان كان
القاضي قضى عليه بالجناية صار حكمه حكم سائر الديون واما المهر فان كان
يزوج نكاحا صحيحا باذن المولى فحكمه حكم سائر الديون وان كان بغير
اذن المولى لا يجب للمراة شيء ما لم تقض سائر الديون والجناية والكتابة
فان فضل شيء يصرف الى المهر لان في النكاح الفاسد انما يمتنع بالمهر بعد
التفاق لانه لا يصح في حق المولى فاذا بقي في حق المولى فحينئذ يواخذ به
فان ادى كتابته وحكم بحريته وحرية اولاده صار الباقي ميراثا للاولاد
كلهم لانهم عتقوا بعتقه وكذلك ان كان الابن مكاتبا معه لانهم عتقوا في
زمان واحد وان كان الابن مكاتبا على حده لا يرث منه لانه لا يعتق بعتقه
ولا يستند عتقه في حقه فلا يرث منه وان كان المكاتب من غير وفا وترك
ولدا مولودا في الكتابة بان ولدته امته التي اشتراها بان كان المكاتب
تزوج امة انسان باذن مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب وولدها
او المكاتب ولدت من غير مولاها فانه يسعى على نجوم ابيه ولا يبطل الاجل
لانه اذا مات لا عن وفا فقد مات عاجزا مقام الولد مقامه كانه حي
ولو كان حيا حقيقة لكان يسعى على نجومه فكذا ولده بخلاف ما اذا مات
عن وفا لانه مات قادرا فيودي من بدل الكتابة للحال ولا يؤخر الى اجله
بل يبطل الاجل لان موت من عليه الدين يبطل الاجل في الاصل كما في سائر
الديون وليس ها هنا احد يقوم مقامه حتى يجعل كانه حي واذا ادى

السعاية حالا او يرد الى الرق ولا يقال ذلك للمولود في الكتابة
بل يسعى على نجوم ابيه ولا يرد الى الرق الا اذا اخل بنجم او بتجميع
على الاختلاف وانما كان كذلك لان دخول الولد في الكتابة بطريق التبعية
وتبعية الولد المولود في الكتابة اشد من تبعية المشترى في الكتابة
لان تبعيته باعتبار الجزئية في الولد المولود في الكتابة حصلت في
العقد فكانت بمنزلة الكاتب نفسه والحكم في المكاتب ما ذكرنا فكذا
فيه ولا كذلك الولد المشترى الان جزئيته ما حصلت في العقد فما
خطت وربما عنه فلا بد من اظهار ذلك والحكم ترتيب للاحكام
على مراتب الحجج في القوة والضعف وذكر القاضي في شرحه الكافي
الخلاف في المسئلة وحمل ما ذكرنا قول ابي حنيفة واما على قولهما فالولد
المشترى والمولود سواء وجه قولهما ان الكاتب في الولد المولود لمكان التبعية
وهي موجودة في المشترى وجواب ابي حنيفة عن هذا ان معنى التبعية
في المولود اقوى منه في المشترى فلا يصح القياس ولو مات من غير
وفاء وترك الديون التي ذكرنا فالخيار في ذلك الى الولد ببدا باي ذلك
شاء لان المكاتب اذا لم يترك وفاء صار التدبير الذي بدر الى الولد لانه يقتضي
من كسبه فيبدا باي ذلك شاء فان اخل بنجم او بجزء على الاختلاف يؤدي
الى الرق ولو كان بعض الاولاد غائبا وبعضهم حاضرا لم يجز للحاضر ان يؤدي
الى الرق حتى يحضر الغائب لجواز ان الغائب يحضر فيودي ولو مات
المكاتب ولم يترك وفاء لكنه ترك ام ولد فان لم تكن معها ولد بيعت
في الكتابة وان كان معها ولد استسعت فيهما على الاجل الذي كان
للمكاتب صغيرا كان ولدها او كبيرا بناء على ان المكاتب اذا اشترى بعد ولده
وليس معها ولد فانها لا تدخل في مكاتبته فكان له ان يبيعها عند ابي حنيفة
فكذا المولاه وعندهما تدخل في مكاتبته فكذا بعد موته يكون بمنزلته
لما دخلت في الكتابة واذا كان معها ولد فانها تسعى وولدها في الكتابة
عند ابي حنيفة ولا يجوز بيعهما فكذا بعد الموت اذا كان معها ولد ولدته

في الكتابة ويصير كانه قايم لان الابن بمنزلة عتق السبب فلا يبطل بموت الولد
فكان حالهما قبل موت الولد وبعده واحدا ولابي حنيفة الله وارثه بينه وبينهما
وانما دخلت في كتابة الكتابة ولدها تبعا فاذا مات الولد بطلت كتابتهما لان
كتابة الولد بطلت بموته فبطل ما كان تبعا له والله اعلم وان ولدت المكاتبة
ولدا واشترت ولدا ثم مات سعيا في الكتابة على النجوم والذي يلي الاداء
المولود في الكتابة وهذا بنا على ان الولد المولود في الكتابة يقوم مقام المكاتبة
والولد المشترى لا يقوم مقامه على الاتفاق او على الاختلاف الا انه يسعى تبعا
للولد المولود والا فلا تجب عليه السعاية الا ترى ان محمدا ذكر في الاصل
فان قلت فلا يجب على الاخر شئ من السعاية قال لانا لو لم ندع عبده يبيع
الا ان يودي الكتابة تعاجلا وانما قلنا ان الذي يلي الاداء هو الولد المولود
في الكتابة لما ذكرنا ان الولد المشترى لا يقوم مقام المكاتبة على الاتفاق او على
اصل ابي حنيفة والمكاتبة لو كانت حية لكانت تملك كسب ولدها المشترى
فكذا الذي ليقوم مقامها وان سعى المشترى فادى الكتابة لم يرجع على احد
بشئ لانه ادى في الكتابة من كسب الام لان كسب الولد المشترى للام فاذا ادى
الكتابة من كسبه فقد ادى كتابة الام وكسبها فلا يرجع ولما ذكرنا ان
الولد المولود قايم مقامها ولو كانت الام باقية فادى الولد المشترى فعتقت
الام لم يرجع عليه بشئ كذا هذا وكذلك الولد المولود في الكتابة لو سعى
وادى لم يرجع على المشترى بشئ لهذا المعنى وقال بعضهم هذا اذا ادى
المولود في الكتابة من مال تركته الام فاما اذا ادى من كسب الشبه
بنفسه فانه يرجع بنصفه على المشترى ولم يذكر في الاصل حكم المولود
في الكتابة وانما ذكر حكم المشترى انه اذا ادى لا يرجع ولو اكتسب هذا
الابن المشترى كسبا كان لاخيه ان ياخذه ويستعين به في كتابته لما ذكرنا
ان الولد المولود قايم مقام الام وهي لو كانت قائمة لكانت تملك اخذ
كسب المشترى فكذا من يقوم مقامها وكذلك ان اراد ان يسلمه في عمل
لياخذ كسبه فيستعين به في مكاتبته كان له ذلك وكذا لو امره القاضي

ان

ان يواجر نفسه او امر اخاه ان يواجره ويستعين باجره على اداء الكتابة لكان
ذلك جايزا لانه بمنزلتهما وما اكتسب المولود في الكتابة بعد موت امه قبل الاداء فهو له
خاصة لانه داخل في كتابة الام وقايم مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب اخوه
حسب من التركة فتقتضي منه المكاتبة والباقي ميراث بينهما والفرق بينهما
ان الولد المولود في الكتابة قايم مقامها غير انه كسبهما جميعا فما اكتسبه فيصير
كانهما ماتتا عن مال ولو ماتتا عن مال يودي منه كتابتهما والباقي يكون ميراثا
بينهما كذا هذا وقيل هذا كله قول ابي حنيفة واما على قولهما فالولدان لا يقومان
مقامهما ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه لان كل واحد منهما لو كان
منفردا لقام مقام المكاتبة ويسعى على النجوم وعندهما فكذا اذا اجتمعا
لم تكثر احدهما ما ولي من الاخذ والله الموفق واما الفاسدة وهي التي
فاتها شئ من شرايط الصحة وهي ما ذكرنا فيما تقدم فلا يثبت بها شئ
من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء لان المكاتبة الفاسدة لا توجب زوال
شئ مما كان للمولى عليه قبل عقد المكاتبة فكان الحال قبل العقد كالحال بعده
واما حكم المتعلق بالاداء وهو العتق فالفاسد مثل الصحيح حتى لو
ادى يعتق والله الموفق لان الفاسد من العقود عند اتصال القبض
به كالصحيح على اصل اصحابنا ونفس المكاتب في قبضه الا ان في الكتابة
الفاسدة اذا ادى يلزم قيمة نفسه وفي الكتابة الصحيحة يلزمه
المسمى لما عرف ان الاصل ان يكون الشئ مضمونا بالمثل والقيمة هي
المثل لا عينا مقدارا بالقيمة والمصير الى المسمى عند صحة التسمية تحرزا
عن الفساد لجهالة القيمة فاذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب
الرجوع الى الاصل وهو القيمة كما في البيع ونحوه وكذلك الكتابة الفاسدة
اذا ادى يلزم قيمة نفسه وفي الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى لما عرف
ان الاصل ان يكون الشئ مضمونا بالمثل والقيمة هي المثل لا عينا مقدارا
بالقيمة والمصير الى المسمى عند صحة التسمية تحرزا عن الفساد لجهالة
القيمة فاذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع الى الاصل وهو

القيمة كما في البيع ونحوه وكذا في الكتابة الفاسدة للمولى ان يفسخ بغير رضاء
العبد ويرده الى الرق وليس له ان يفسخ في الصحيحة الا برضا العبد والمعبد
ان يفسخ بغير رضا العبد ويرده الى الرق في الصحيح والفاسد جميعا بغير
رضى المولى لما ذكرنا ان الفاسدة وغير لازمة في حقهما جميعا والصحيحة
لازمة في حق المولى غير لازمة في حق العبد ثم اذا ادى في الكتابة الفاسدة
ينظر الى المسمى والى قيمة العبد ايهما اكثر على ما ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم
وسواء كان الاداء في حال حياة المولى او بعد موته الى ورثته استحسانا و
القياس ان لا تعتق بالاداء الى الورثة وجه القياس ان العتق في المكاتبة
الفاسدة يقع من طريق التعليق بالشرط لان في الكتابة معنى المعاوضة
ومعنى اليمين فاذا فسدت بطلت معنى المعاوضة فبقي معنى اليمين
واليمين تبطل بموت الحالف ولان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك
المولى واذا بقي ملكه فاذا مات قبل الاداء انتقل الى ورثته استحسانا
والقياس ان لا تعتق بالاداء الى الورثة وجه القياس ان العتق في المكاتبة
الفاسدة يقع من طريق التعليق بالشرط لان في الكتابة معنى المعاوضة
ومعنى اليمين فالعتق بالاداء وجه الاستحسان اجماع كونها عقد
معنى المعاوضة والعتق فيها يثبت من طريق المعاوضة لا من طريق
التعليق بالشرط بدليل انه يجب فيها القيمة ولو كان العتق فيها
محض اليمين لكان لا يجب فيها شيء لان القيمة لم تدخل تحت اليمين
وكذا الولد المنفصل ومعلوم ان الولد المنفصل عند الشرط لا تدخل تحت
اليمين فثبت ان فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة
منها فيثبت العتق فيها من طريق المعاوضة واما قوله ان ملك المولى
لا يزول في المكاتبة الفاسدة نعم لكن قبل قبض البدل فاما بعد القبض
فانه يزول وذلك عند الاداء ولو كانت امته كتابته فاسدة فولدت ولدا
ثم ادت عتقت وعتق ولدها مما ذكرنا ان الكتابة الفاسدة تحمل
حمل الصحيح عند اتصال القبض به والاولاد يدخلون في الكتابة الصحيحة

كذا

كذا في الفاسدة فان ماتت الام قبل ان تؤدي لم يكن على ولدها ان يسعى لان
الولد قايم مقام الام ثم الام لا تخير على السعاية كذلك الولد لكنه ان سعى فيما
على امه تعتق استحسانا والقياس ان لا تعتق وهو على ما ذكرنا فيما اذا
مات المولى فادت المال الى ورثته انه تعتق استحسانا والقياس ان لا
تعتق واما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرايط الانعقاد فلا يثبت
بها شيء من الاحكام لان التصرف الباطل لا وجود له الا من حيث الصورة
كالبيع الباطل ونحوه فلا تعتق بالاداء الا اذا نص على التعليق بان قال
اذا اديت الي فانت حر فادي تعتق لكن لا بالكتابة بل بالتعليق بلا
شرط ولا يلزمه كما في التعليق بسايز الشروط **فصل** واما بيان ما
ينفسخ به الكتابة فانما تنفسخ بالاقالة لانها من التصرفات المحتملة للفسخ
كالبيع والمعاوضة فيها اصلا فيجوز اقالتها كسايز المعاوضات وكذا تنفسخ
بالفسخ من قبل العبد من غير رضا المولى بان يقول فسخت المكاتبة
او كسر ثمنا سواء كانت فاسدة او صحيحة لما ذكرنا وان كانت صحيحة فانها
غير لازمة في جانب العبد نظرا له فيملك الفسخ من غير رضا المولى //
والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب لانها عقد لازم في جانبه //
وهل تنفسخ بالموت اما موت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لانه ان كان له كسب
فيودي الى ورثة المولى وان لم يكن في يده كسب فيكتسب فيودي فيعتق
فكان في بقاء العقد فايدة فتبقى وان عجز عن الكسب يرد الى الرق كما لو
كان المولى حيا واذا مات المولى فادى كتابته او بقية منها الى ورثته
وعتق فولاءه يكون لعصبة المولى لان الولاء لا يورث من المعتق بعد
موته لما يذكر في كتاب الولاء وان عجز بعد موت المولى فرد الى الرق ثم
كاتبه الورثة كتابة اخرى فادى اليهم وعتق فولاءه للورثة على قدر
مواريثهم كما لو انه عتق باعتاقهم فكان ماله ميراثا بينهم اذا لو يورث
به اذ كان لا يورث نفسه واما موت الكافر فينظر ان مات عن وفا
لا تنفسخ عندنا خلافا للشافعي وان مات لا عن وفا تنفسخ بالاجماع

لانه مات عاجزا فلا فايدة في بقاء العقد فتنفسخ حزونه ولا تنفسخ بردة
المولى وان كاتب مسلم عبده ثم ارتد المولى لانما لا تبطل عبودة المولى
حقيقة فبموته حكما اولى ان لا تنفسخ ولهذا لم تبطل سايرعقوده
بالردة فكذا بالمكاتبه فان اعتق بقبض بدل الكتابه وهو مرتد ثم اسلم
جاز اعتاقه في قولهم وان مات او قتل على الردة لم يجز في قول ابي حنيفة
اذ لم يعلم ذلك الا بقوله بناء على ان تصرفات المرتد عندنا فذه عند ابي
موقوفة وان علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه وكذا يجوز للمرتد احد
الزوجين بشهادة الشهود في كل ما لية من التصرفات كذا ذكر في الاصل
لان ردته بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الديون التي وجبت لعقده
كالوكيل المعزول في باب البيع انه يملك قبض الثمن بعد العزل وذكر
في موضع اخر انه لا يجوز قبض المرتد لانه انما يملك لكونه من حقوق
العقد وحقوق هذا العقد وهو الكتابه لا تتعلق بالعاقد فلا يملك
القبض بخلاف البيع واما على اصلهما فاقراره بالقبض جايز لان تصرفاته
نافذه عندهما فان لم يقبض شيئا حتى لحق بدار الحرب فجعل العاصي ماله
ميراثا بين ورثته فاخذوا المكاتبه ثم رجع مسلما مولا العبد له لان ردته
مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته ولو دفع الى الورثة بعد موته كان الولا
له كذلك هذا واخذ من الورثة ما قبضوه منه ان وجده بعينه كما في
سايراملاكه التي وجدها مع الورثة باعيانها لان الوارث انما قبض بتسليط
المورث فصار بمنزلة الوكيل والله اعلم بالصواب

فصل

الولا لوعان ولا عتاقة ولا موالاة اما ولا لقاطة فلا خلاف في ثبوته شرعا
عرفنا ذلك بالسنة واجماع الامة والمعقول اما السنة فقول النبي صلى
الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وهذا نص وروي ان رجلا اشترى عبدا
فاعتقته فقال عليه السلام هو اخوك ومولاك فان شكرك فمن خير له و
شر لك وان كفرك فمن خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كنت
اشد عصبته والاستدلال به من وجهين احدهما انه جعله عصبته

اذا

اذا مات ولم يترك وارثا اخر اذ جعل المعتق مولى المعتق بقوله هو اخوك
ومولاك ولا يكون مولاه الا وان يكون ولاؤه له ونظير هذا الاستدلال
استدلالنا بقوله تعالى والله خلقكم وما تعملون في اثبات خلق العباد من
الله تعالى ان الله اخبر انه خلق معمولهم ولا معمول بدون العمل فيدل على كون
العمل مخلوق الله تعالى وقوله ان اشكرك فمن خير له وشر كذلك لان المعتق
لما انعم عليه بالاعتاق فقد وجب عليه الشكر فاذا شكره فقد ادى ما
وجب عليه فكان خيرا له وقوله شر لك لانه قد وصل اليه شيء من العوض
فاوجب ذلك نقصانا في الثواب لانه يصير كانه اعتقه على عوض فكان
ثوابه اقل ممن اعتق ولم يصل اليه على اعتاقه عوض وينوي اصلا وراسا
وقوله ان كفرك فمن خير لك لانه اعتاقا فاذا خلا عن عوض وينوي بكامل
ثوابه واجره وقوله وشر كه لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا فاذا لم
يشكره فقد ترك الواجب فكان شرا له وروي ان معتق بنت حمزة مات
وترك ابنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته والنصف لبنت
حمزة وروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابي ابن كعب وزيد بن ثابت
وابي مسعود الانصاري واسامة بن زيد رضي الله عنهم انهم قالوا الولا
للكبر فالتفاق هولا النجباء من الصحابة رضي الله عنهم على لفظ واحد
بدليل سماعهم ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان هذا حكم لا يدرك
بالقياس فالظاهر هو السماع وسياتي تفسير الحديث في اثنا المسايل ان شاء
الله تعالى واما الاجماع فان الامة اجمعت على ثبوت هذا الولا واما المعقول
فمن وجوه احدها ان الاعتاق انعام اذ المعتق انعم على المعتق بايصاله الى
شرف العتق ولهذا سمي المولى الاسفل مولى النعمة في عرف الشرع
وسماه الله تعالى انعاما فقال في زيد مولى رسول الله صلى الله عليه
وسلم واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه فقيل في التفسير انعم الله عليه
بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق فجعل كسبه عند استغنايه عنه شكرا لانعامه

السابق ولهذا لا يرث العتق من المعتق والثاني ان المعتق في نصرة
المعتق حال حياته ولهذا كانت عاقلته عاقلة عليه لان عليه ان ينصره بدفع الظلم
عنه فجعل عقله ضمانا للنصرة فاذا مات جعل ولاؤه لمعتقه جزاء للنعمة
السابقة والثالث ان الاعتاق كالايلاد من حيث المعنى لان كل واحد منهما
احياء معنى فان المعتق سبب حيوة المعتق باكسابه سبب الاهلية
والمالكية والولاية التي يمتاز بها الادمي عن البهايم كما ان الاب سبب
حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة وهو الايلاد ثم الايلاد سبب
لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولاء كالايلاد وهذا معنى
قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والله اعلم فهذا
يقع الكلام في مواضع في بيان سبب ثبوته وفي بيان شرط الثبوت وفي
بيان صفة الثابت وكيفيته وفي بيان قدره وفي بيان حكمه وفي بيان
ما يظهر به اما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصيغة وهو
الاعتاق او ما يجري مجري الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة و
الصدقة والوصية او بغير صيغة بان ورث قريبه وسواء اعتق لوجه الله
تعالى او لوجه الشيطان وسواء اعتق تطوعا او عن واجب عليه كالاعتاق
عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق
بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا او معلقا بشرط
او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او يجري مجري الصريح او كناية
او يجري مجري الكناية وكذا الاعتاق الحاصل بالتدبير والاستيلاد
وسيجيء فيه صريح التدبير والاعتاق والاستيلاد والكناية والاصل
قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل وعلى هذا اذا امر
المولى غيره باعتاق عبده في حال حياته او بعد وفاته ان الولاء للامر
لان العتق يقع عنه ولو قال لآخر اعتق عبدك عني على الف درهم فاعتق
فالولاء للامر لان العتق يقع عنه استحسانا والقياس ان يكون الولاء للمأمور

لان

لان العتق يقع من المأمور وهو قول زفر وجه القياس انه امر باعتاق ٤٣٩
عبد الغير عن نفسه وهذا لا يصح لان العتق لا يصح بدون الملك ولا ملك
للامر بل للمأمور فكان العتق عنه ولنا ان الامر بالفعل امر بما لا وجود
للفعل بدونه كالامر بصعود السطح يكون امرا بنصب السلم والامر
بالصلاة يكون امرا بالطهارة وبحو ذلك ولا وجود للعتق عن الامر بدون
ثبوت الملك له فكان امره المالك باعتاق عبده عنه بالبدل المذكور
امرا بتمليكه منه بذلك البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه كانه
صرح به فقال بعد مني فاعتقه عني فتعمل ولو قال اعتق عبدك عني
ولم يذكر البدل فاعتق والولاء للمأمور في قول ابي حنيفة ومحمد لان العتق
عنه وعند ابي يوسف هذا والاول سواء وجه قوله على نحو ما ذكرنا في المسئلة
الاولى ولهما الفرق بين المسئلتين وهو ان المسئلة الاولى امكن اثبات الملك
للامر بالبدل المذكور ومقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيع
الصحيح لا يثبت على التعاقب بل يثبت بنفس العقد فصار المأمور
بايعا عبده بالبدل المذكور ثم معتقا عنه بامره وتوكيله واما في
المسئلة الثانية فلا يمكن اثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضاء
لان التمليك من غير عوض يكون هبة والملك في باب الهبة لا يثبت
بدون القبض فاذا اعتق فقد اعتق ملك نفسه لا ملك الآمر فيقع
العتق عن نفسه فكان له فهو الفرق ولو قال اعتق عبدك ولم
يقل شيئا آخر فاعتق فالولاء للمأمور لان العتق عنه لانه اعتق عن
نفسه لا عن الآمر لعدم الطلب من الآمر بالاعتاق عنه ولو قال
اعتق عبدك علي الف درهم ولم يقل علي فاعتق يوقف على قبول
العبد اذا كان من اهل القبول فان قبل في مجلسه علم ان العتق
وقع عن الآمر والا فلا لانه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وانما
طلب اعتاق العبد للعبد وهو فضولي فيه فاذا اعتق المالك يتوقف
اعتاقه على اجازة العبد كما اذا قال لغيره بع عبدك هذا من

فلان بالف درهم فبا عه الله يتوقف على اجازة فلان كذا هذا وسواكان
المعتق ذكرا اوانثى لوجود السبب منهما العموم قوله صلى الله عليه وسلم
الولا لمن اعتق وقال عليه السلام ليس للنساء من الولا الا ما اعتقن الحديث
والمستثنا من المنفي مثبت ظاهرا وسواكان المعتق والمعتق مسلمين
اوكافرين اوكان احدهما مسلما والاخر كافرا لوجود السبب والعموم الحديث
حتى لواعتق مسلم ذميا اوذمي مسلما فولا المعتق منهما للمعتق لما
قلنا الا انه لا يرثه لانعدام شرط الارث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى
الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين شتى وقال صلى الله عليه وسلم لا يرث
المومن الكافر ولا الكافر المومن ويجوز ان يكون الولا ثابتا لانسان ولا يرث
به لانعدام شرط الارث به على ما يذكر حتى لواسلم الذمي منهما قبل موت
المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا لوكان للذمي الذي هو
معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين بان كان له عم مسلم اوابن عم
مسلم فانه يرث الولا لان الذمي يجعل بمنزلة الذمي وان لم يكن له عصبة
من المسلمين يرد الى بيت المال ولوكان عبد مسلم بين مسلم وذمي
فاعتقاه ثم مات العبد فنصف ولا يته للمسلم ولان المسلم يرث المسلم
والنصف الاخر لاقرب عصبة الذمي من المسلمين ان كان له عصبة مسلم
وان لم يكن يرد الى بيت المال ولواعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب
لم يصر بذلك مولاه حتى لوخرجا الى دار الاسلام مسلمين لا ولا له
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد لانه لا يعتق عندهما لانه لا يعتق بكلام الاعتاق
وانما يعتق بالتخلية والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولا وعند ابي يوسف
يصير مولاه ويكون له ولا وه لان اعتاقه بالقول قد صح في دار الحرب
وكذلك ان دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ولا خلاف في ان
استيلاده جايز وتصير الجارية ام ولد له لا يجوز بيعها لما ذكرنا فيما
تقدم ان سبي الاستيلاد على ثبوت النسب والنسب يثبت في دار الحرب
ولواعتق عبده مسلما اوذميا في دار الحرب فولا وه له لان اعتاقه جايز

بالاجماع وان اعتق عبدا حربيا في دار الحرب لا يصير مولاه عند ابي
حنيفة لانه لا يعتق بالقول وانما يعتق بالتخلية وعند ابي يوسف يصير
مولاه لثبوت العتق بالقول وقول محمد فيه مضطرب حتى لواسلم العبد
في دار الحرب وخرجا مسلمين الى دار الاسلام فلا ولا للمعتق على المعتق
ان يوالي من شا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يرث المعتق من المعتق
وله ولا وه اذا خرجا مسلمين وان سبي العبد المعتق كان مملوكا للذي سبا
في قولهم جميعا لانه لا يخلو اما ان يكون مملوكا اوحرا فان كان مملوكا كان
محلا للاسترقاق والتملك وكذا ان كان حرا لان الحر الحربي محل للاسترقاق و
التملك وعلى هذا يخرج ما اذا دخل رجل من اهل الحرب دار الاسلام بامان
فاشترا عبدا فاعتقه ثم رجع الى دار الحرب فسبي فاشتراه عبده المعتق
فاعتقه ان كل واحد منهما يكون مولا صاحبه حتى ان ايهما مات ولم يترك
عصبة من النسب ورثه صاحبه لوجود سبب الارث من كل واحد منهما
وهو الاعتاق وشرطه وكذلك الذمي الذي اعتق عبده الذمي فاسلم العبد
ثم هرب الذمي المعتق فاقضا للعبد الى دار الحرب فسبي واسلم فاشتراه
العبد الذي كان اعتقه فاعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه لما قلنا
وكذلك المراة اعتقت عبدها ثم ارتدت المراة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت
فاشتراها الذي كانت المراة اعتقته فاعتقها كان الرجل مولى المراة والمراة
مولاة الرجل لوجود الاعتاق من كل واحد منهما ثم العتق كما هو سبب
ثبوت الولا للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حتى لو جنى المعتق
كان عقله على المعتق لما ذكرنا ان عليه حفظه فاذا جنى فقد قصر في الحفظ

واما شرط ثبوته فلثبوت الولا شرايط بعضها يعم ولا العتاقة
وولا ولد العتاقة وبعضها تخص ولا ولد العتاقة اما التي تعمهما جميعا
فهو ان لا يكون للعبد المعتق اولولده عصبة من جهة النسب فان كان لا
يرثه المعتق لانه يرث من طريق التعصيب وفي العصبات يعتبر الاقوى
فالاقوى ولا شك ان العصبة من جهة النسب اقوى فكان اولى وهذا

لان الولي وان كانت لحمة كلحمة النسب كما نطق به الحديث لكنه لا يكون
مثل حقيقة النسب وكان اعتبار حقيقة النسب اولي فان لم
يكن له عصبة من جهة النسب وله اصحاب الفرايض او ذوي الارحام
فحكمه يذكر في موضعه ان شاء الله تعالي واما الذي يجني ولد العتاقة
فمنها ان تكون الام معتقة فان كانت مملوكة فلا ولا لاحد عن الولد
منها ان لا تكون الام حرة اصلية فان كانت فلا ولا لاحد علي ولدها
وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولا
ولا لاحد علي امه فلا ولا علي ولدها وان كانت الام معتقة والاب معتقا
فالولد يتبع الاب في الولا ويكون ولاه لمولي الاب لا لمولي الام لان الولي
كالنسب والاصل في النسب هو الاب الا اذا تعذر ومنها ان لا يكون
الاب عربيا فان كان عربيا والام مولاة لقوم فالولد تابع للاب ولا
ولا عليه لان الولا لمن اثار الرق ولا رق علي عربي ولو كان الاب
نبطيا وامه حر مسلم لم يعتق ولده ولا مولاة اولم يكن فالولد يتبع الام
في ولا العتاقة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكون
تبعا للاب كما في العربي وجه قول ابي يوسف ان النسب يشبه
النسب والنسب الي الابي ولان كان لضعف لما تري ان الام لو كانت
من العرب والاب من الموالي فالولد يكون تابعا لقوم الاب ولهما ان
ولا الام لموالیها لاجل النصرة فيثبت للولد ما هذه النصرة ولا نصرة له من
جهة الاب لان من سوي العرب لا ينتصرون بالقبايل وصار كمعتقة
تزوجت عبدا فيكون ولاء ولدها لموالیها ومنها ان لا يكون الاب
مولي عربي فان كان لا ولا ية لاحد عليه لان حكمه حكم العربي لقول
النبي صلي الله عليه وسلم وان مولي القوم منهم ومنها ان لا يكون
الولد معتقا فان كان لا يكون ولاءه لمولي الاب ولا لمولي الام بل
يكون لمن اعتقه لانه اذا اعتق صار له ولا تفسد لقول النبي
صلي الله عليه وسلم الولا لمن اعتق فلا يكون تبعا لغيره في الولا

ويبان

وبيان هذا الاصل يذكر في بيان موضعه **فصل** واما صفته فله صفات
منها ان الارث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق
التعصيب ومعني هذا الكلام ان المعتق انما يرث بالولا من المعتق بطريق
العصوبة ويكون المعتق اخر عصبات المعتق مقدم علي ذوي الارحام
وعلي اصحاب الفرايض باستحقاق ما فضل عن سهامهم حتي انه لو لم
يكن للمعتق وارث اصلا وكان له ذو الرحم كان الولا للمعتق وان كان
اصحاب الفرايض فانه يعطي فرايضهم لولا فان فضل شيء اعطي المعتق
وان لا فلا شيء له ولا يرد علي اصحاب الفرايض ان كانوا ممن يحتمل الرد وهذا
قول عامة العلماء وهو قول علي وزيد وابن عباس رضي الله عنهم وروي
عمر وعبد الله بن مسعود انه لا يرث بطريق التعصيب وهو موخر عن
اصحاب الفرايض في استحقاق الفاضل وعن ذوي الارحام ايضا بظاهر
قوله تعالي واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض في كتاب الله فظاهر
يقتضي ان يكون ذو الرحم اولي من المعتق وجه قول الاولين ما رويا
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم بنت حمزة مقام العصبات حيث جعل النصف
الاخر لعما ولم يامر برده علي بنت المعتق ولو كان الامر علي ما زعموا الامر
بالرد كما في سايرالمواريث اذا لم تكن هناك عصبة وقال عليه السلام
الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلاولي رجل ذكر واولي رجل ذكر هاهنا
للمولي وروي للاولي عصبة ذكر وهو المولي ها هنا واما الاية فقال بعضهم
في تاويلها اي ذوا الارحام من العصبة بعضهم اولي ببعض اي الاقرب من
ذوي الارحام من العصبات بعضهم اولي ببعض من الابعد كالابن مع ابن الابن
والاخ لاب وام مع الاخ لاب وعلي ذلك واذا عرف الاصل فبيانه في مسايل
اذا مات المعتق وترك اما ومولي فللام مع الاخ لاب الثلث والباقي للمولي
عند الاولين لان عصبة وعند الاخرين الثلث للام والباقي يرد عليها ايضا
وان ترك بنتا ومولي فللبنت فرضها وهو النصف والباقي للمولي عند
الاولين لانه عصبة وعند الاخرين النصف بالبنت بالفرض والباقي يرد عليها

ولو ترك ثلث اخوات متفرقات واما ورثه مولاه فللاخت من الاب والام النصف
وللاخت من الاب السدس تكملة الثلثين وللاخت للام السدس وللام السدس
فقد استغرق سهامهم المجرات فلم يبق شئ للمولى وان ترك امراة ومولى
فللمراة فرضها وهو الربع والباقي للمولى بلا خلاف وهذا ان كان المعتق امه
فتركت زوجا ومولى فللزوج فرضه وهو النصف والباقي للمولى بلا خلاف
وهذا ان كان المعتق امه فتركت زوجا ومولى فللزوج فرضه وهو النصف
والباقي للمولى اما على قول الاولين فلان المولى عصبة فكان الباقي له واما
على قول الاخرين فلانه لا سبيل الى الرد ولا يرد على الزوج والزوجة وان
ترك المعتق عمه وخاله ومولى فالمال للمولى في قول الاولين لانه احق العصبات
فقدم على ذوي الارحام وفي قول الاخرين للعمة الثلثان وللخالة الثلث
لتقدم ذوي الارحام عليه وقس على هذا نظايره وعلى هذا يخرج ما اذا
اشترت المراة عبدا فاعتقته ثم مات العبد المعتق وترك ابنته فللابنة
النصف وما بقي فللمولاة لانها عصبة وهذا على قول الاولين واما على قول
الاخرين فالباقي يرد عليهما بالقرابة واذا اشترت للمراة اباها فعتق ثم مات
الاب فالولاء على قول الاخرين ما بقي يرد عليهما بالقرابة فان كان الاب
اعتق عبدا قبل ان يموت ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبة فانما
ترثه لانه معتق معتقها وكان ولاءه لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم
ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او ما اعتق من اعتقن الحديث والاستثنا
من النفي اثبات ظاهرا فان اشترت اختان لاب وام اباهما ثم مات الاب
ولم يترك عصبة فللابنتين الثلثان بالنسب وما بقي فلهما ايضا
بلا خلاف لكن عند الاولين بطريق العصوبة لانهما عصبة وعند الاخرين
بطريق الرد فان اشترت احديهما اباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبة
وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وللتي اشترت الاب
الثلث خاصة بالولاء في قول الاولين لانها عصبة وفي قول الاخرين
الباقي يرد عليهما نصفين فان اشترتا اباهما ثم ان احديهما والاب

اشتريا

اشتريا اخاهما من الاب ثم مات الاب فان المال بين الاختين وبين الاب
للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات حرا عن ابن حر وابنتين حرتين فكان
الميراث لهم بالقرابة فلا عبرة للولاء في ذلك فان مات الابن بعد ذلك فللاختين
الثلثان بالنسب والثلث الباقي نصفه للتي اشترته مع الاب خاصة لان لهما
نصف ولاء الاخ لانه عتق بشرائهما وشراء الاب فكان ولاؤه بينهما وما بقي
فبينهما نصفان لانهما مشتركتان فيه ولاء الاب فصار حصة الاب بينهما
نصفين وهو سدس جميع المال وتخرج المسئلة من اثني عشر للاختين
الثلثان لكل واحدة منهما اربعة اسهم ونصف ثلث الباقي وذلك سهمان
للتي اشترته مع الاب بالولاء ونصف الثلث بينهما نصفان بولاء الاب لكل
واحدة منهما سهم فصار للتي اشترته سبعة اسهم وللاخرى خمسة اسهم
وهذا على قياس قول علي وزيد بن عباس رضي الله عنهم واما على قياس
قول عمر وابن مسعود اذا مات الابن بعد موت الاب فللاختين الثلثان
بالنسب كما قالوا والثلث الباقي يرد عليهما فان اشترت احديهما الاب
واشترت الاخرى والاب اخا لهما من الاب ثم مات الاب فالمال بين
الابن وبين الابنتين للذكر مثل حظ الانثيين لما قلنا فان مات الاخ بعد
ذلك فللاختين الثلثان بالنسب ونصف الثلث للتي اشترت الاب
خاصة فيصير المال بينهما نصفين وهذا على قول علي وزيد بن عباس
رضي الله عنهم واما على قول عمر وابن مسعود فالثلث الباقي يرد عليهما
والله الموفق ومعنى الولاء لا يورث من المعتق بعد موته ولا يكون سببا
سبيل الميراث وانما يستحقه عصبة المعتق بنفسها وهم الذكور من
عصبته لا الاناث ولا الذكور من اصحاب الفرايض والاصل فيه قول النبي
صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث
اي لا يورث من المعتق لاجماعنا على انه لا يورث من المعتق لاحياء
وكان الولاء لما كان سببه النسب ثم النسب لا يورث نفسه وان كان يورث به
فكذا الولاء وروينا عن النجيا السبعة انهم قالوا بلفظ واحد الولاء للكبر فالظاهر هو

السماع فان لم تكن فقد ظهرت هذه القوى منهم ولم يظهر لهم فيما مخالف
فيكون اجماعا ومعنى قولهم الولاء للكبر اي للاقرب وهو اقرب العصبة
الى المعتق يقال فلان كبر قومه اذا كان اقربهم الى الاب الاعلى الذي ينسبون
اليه وانما شرطنا الذكورة في هذه العصوبة لان الاصل في العصبة هي الذكور
اذ العصوبة عبارة عن الشدة والقوة قال الله تعالى حكاية عن بني يعقوب
صلى الله عليه وسلم ان قالوا ليوسف واخوه احب الى ابينا منا ونحن
عصبة اي جماعة اقوياء اشداء قادرون على النفع والدفع وهذا قول
عامة العلماء وعن ابراهيم النخعي وشريح ان الولاء يجري مجرى المال
فيورث منه من المعتق كما يورث منه سائر امواله الا انه انما يرث منه
الرجال لا النساء بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم للنسب للنساء من الولاء الا
ما اعتقن او اعتق من اعتقن الخبر وكان شريح يقول من احرز شيئا في حيوته
فهن لورثته بعد موته واحتجا بما روي عن الصحابة رضي الله عنهم انهم
قالوا من احرز المال احرز المولاء فقد انزلوه منزلة المال فدل ان حكمه
حكم المال والجواب ان معنى قولهم من احرز المال احرز احرز الولاء
اي من احرز المال من عصبة المعتق يوم موت المعتق احرز الولاء ايضا
بدليل ان المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالاجماع وبالحديث فعلم ان
المراد منه العصبات وبه نقول ولان في الحمل ما قلنا عملا بالدلائل
بقدر الامكان فكان اولى ثم بيان هذا الاصل في مسايل رجل اعتق عبدا
له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات احد الابنين وترك ابنا ثم مات
العبد المعتق فولاؤه لابن المعتق لصلبه لا لابن ابنه لانه اذا هو اقرب
عصبات المعتق بنفسها والاصل انه يعتبر كون المستحق عصبة يوم يموت
المعتق لا يوم يموت المعتق ويعتبر الكبر من حيث القرب لا من حيث السن
الا ترى ان ابن الابن قد يكون اكبر سنا من محمد الذي هو ابن المعتق وهذا
على قول عامة العلماء واما على قول ابراهيم وشريح فالمال بين ابن المعتق
وبين ابن ابنه نصفين لانه يجري مجرى الميراث عندهما فلما مات للمعتق فقد

ورثاه

ورثاه جميعا فانتقل الولاء اليهما ثم اذا مات احدهما انتقل نصيبه الى ولده
كما في ميراث المال فان مات الابن الباقي وترك ابنا ثم مات المعتق فالولاء بين
ابن هذا الميت وبين ابن الميت الاول نصفين بلا خلاف اما على قول العلماء فلا
سواء بينهما في العصوبة واما على قول ابراهيم وشريح فللانتقال نصيب كل واحد
منهما الى ولده ولو كان الاول حين مات ترك ابنين ثم مات الباقي وترك
ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا وابني الاول حين مات
ترك ابنين ثم مات الباقي وترك ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن
هذا وابني الاول يكون اثلاثا عندنا لاستوا الكل في العصوبة وعندهما
الولاء بينهم نصفين النصف لابني هذا والنصف الاخر بين ابني الاول
نصفين لانهما يجعلان لكل ولد حصة ابيه فان مات المعتق وترك ثلاث بنين
فمات البنون وترك احدهم ابنا واحدا وترك الاخر خمس بنين وترك
الثالث عشر بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالا فماله بين اولاد البنين
بالسوية على عدد الرؤس في قول العامة لاستوايهم في العصوبة والقرب
من المعتق وعلى قول شريح ماله بينهم يكون اثلاثا ثلث لابن ابن الواحد
والثلث الاخر بين الخمسة بني الابن والثلث الاخر بين عشرة بني الابن
فتصح فريضتهم من ثلثين سهما عشرة لابن الابن الواحد وعشرة بين
بني الابن الاخر على خمسة وعشرة بين بني الابن الاخر وهو الثالث على
عشرة لابن الابن ولو اعتق رجل هو وابنه عبدا ثم مات الرجل وترك ابنين
احدهما شريكه في الاعتاق ثم مات المعتق فنصف الولاء لابنه الذي هو شريك
ابيه خاصة لانه شريكه في الاعتاق والنصف الباقي بينهما نصفان لان
ذلك حصة الاب فيكون بينهما بالسوية فيكون الولاء بينهما على اربعة اسهم
ثلاثة ارباعه للابن الذي كان شريك ابيه والربع الاخر فان مات شريك ابيه
قبل العبد وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فلابن الابن نصف الولاء الذي كان
لابيه خاصة والنصف الاخر للابن وحده لانه الاكبر من عصبة الاب فكان
احق بنصيبه من الولاء فيصير نصف الولاء للعم ونصفه لابن اخيه فان

مات المعتق وترك ابنين ثم مات العبد المعتق فنصف الولا لابن شريك
ابيه خاصة والنصف الاخر بينه وبين ابني عمه ثلاثا لكل واحد منهم
الثلث فيصير لابن شريك ابيه الثلثان ويصير لابني عمه الثلث لكل واحد
منهما السدس فان مات المعتق وترك ابنا وابا ثم مات العبد المعتق فالولا
للابن وابي الابن وان سفل لا للاب في قول ابي حنيفة ومحمد وعامة الفقها وعند
ابي يوسف سدس الولا للاب والباقي للابن وهو قول ابراهيم وشريح وهذا على
اصلهما صحيح لانهما يقولان الولا بمنزلة الميراث والحكم في الميراث هذا واما
للشكل قول ابي يوسف لانه لا حق ما ترك المعتق بعد موته محل الارث بل
يجعل لعصبة المعتق بنفسها والاب لا عصوبة له مع الابن بل هو صاحب
فريضة كما في ميراث المال فكان الابن هو العصبة فكان الولا له فان مات
المعتق وترك اباه وثلاث اخوة متفرقين اخ لاب وام واخ لاب واخ لام
ثم مات العبد المعتق فالولا للاب خاصة لانه العصبة فان مات الاب ثم مات
العبد المعتق فالولا للاخ من الاب والام لانه اقرب العصبات الى المعتق فان
مات الاخ من الاب والام وترك ابنا فالولا يرجع الى الاخ من الاب لانه اكبر
فان مات الاخ من الاب وترك ابنا فالولا يرجع الى ابن الاخ لاب وام لانه اقرب
فان مات ابن الاخ من الاب وام وترك ابنا فان الولا يرجع الى ابن الاخ من
الاب لانه اقرب فان مات ابن الاخ من الاب وترك ابنا فالولا يرجع الى ابي
ابن بن الاخ من الاب والام لانه اقرب ولا يرث الاخ من الاب ولا احد من
ذوي الارحام شيا من الولا لما بينا فيما تقدم ولو مات المعتق وترك جدا
اب ابيه واخاه لابيه وامه اولابيه فالولا للجد لا للاخ في قول ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد الولا بين الجد والاخ نصفين بنا على ان لا ميراث
للاخ مع الجد عندهم وعندهما يرث الاخ مع الجد بالتعصيب فان مات المعتق
وترك ابنا وبنتا ثم مات العبد المعتق فالولا للابن لا للبنت لان الابن هو العصبة
بنفسها لا البنت لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنسا من الولا الا ما اعتقن
او اعتق ما اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن ولم يوجد ها هنا المستثنى فيبقى

استحقاقهما

الولا على اصل النفي وجملة الكلام فيه ان النسا لا يرثن بالولا الا ما اعتقن
او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن لو دبر من دبرن
واولادهم واولاد اولادهم اوسفلوا اذكانوا من امراة معتقة وما حجر
معتقهن من الولا اليمين وبيان هذه الجملة امراة اعتقت عبدا لها ثم مات
العبد ولا وارث له فولاوه للمراة لقوله صلى الله عليه وسلم في النسا خاصة
ليس للنسا من الولا الا ما اعتقن وهذا معتقها ولعموم قوله عليه السلام
الولا لمن اعتق ومن يعم الذكر والانثى فلو ان معتقها اعتق عبدا له ثم
مات العبد الاسفل ولم يترك وارثا فولاوه لمولاه الذي اعتقه ولا يرث
مولاه منه شيا لانه معتق مولاه وليس بمعتقها حقيقة بل معتق معتقها
فكان اثبات الولا للمعتق حقيقة اولى فان مات العبد الاعلى ولم يترك
عصبة ثم مات العبد الاسفل فولاوه للمعتقة لانه معتق معتقها
فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم او اعتقن من اعتقن ولو ترك العبد الاعلى
عصبا فماله لعصبته لما ذكرنا ان شرط الارث بالولا ان لا يكون للمعتق
عصبة من النسب وكذلك لو ان المعتق الثاني اعتق وارثا فمات كلهم اذا ماتوا لما اذا لم يخلف من مات منهم مولى اعلى منه او عصبة
كانت امراة عبد لها فادى فعتق ثم مات العبد المكاتب فولاوه لهما لقوله
النبي صلى الله عليه وسلم او كاتبن وكذا لو كان العبد المكاتب كاتب عبدا له من
اكسابه فادى الاسفل او ولا فعتق كان ولاوه لها لان الاعلى للسر من
اهل الولا لانه عبد مملوك بعد وكذا اذا اديا جميعا معا فعتقا فولاوهم
لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم او كاتب من كاتبن وكذا اذا دبرت امراة
عبدا لها فماتت ثم مات العبد كان ولاوه منها حتى يكون المذكور من عصبة
وكذا اذا ماتت المراة حتى عتق المدبر بموتها ثم مات فولاوه
يكون لعصبتها وكذا لو اولادها ولاولاد اولادهم الذين ولدوا من امراة
حقيقة معتقة يكون لها لان ولاوهم ثبت لابائهم وولا ابائهم لها كذا
اولاد اولادهم امراة زوجت عبدها مولاة قوم فولدت ولدا فولاء الولد يكون

لمولي امه ولا يكون للمرأة منه شيء وهذا لا اشكال فيه لان ابا الولد ليس بمعتق
بل هو عبد مملوك ولا يتصور ولاء العتاقة بدون العتق فلو اعتقت المرأة عبدها
حر العبد المعتق ولا الولد الي مولاة حتى لو مات الولد ولا وارث له كان ماله
لابيه فان لم يكن له اب فان كان مات فولاؤه للمرأة التي اعتقته هذا التعبير
جروا الي الشبا الولا اليمن والله اعلم امرأة اعتقت عبد الها ثم ماتت
ثم مات العبد المعتق فولاء معتقها لولدها المذكور ان كانوا من عصبتها
وعقله عليهم ايضا بلا خلاف وان كانوا من غير عصبتها فولاء معتقها
لولدها المذكور الذين هم من غير عصبتها وعقله علي سائر عصبتها
دون ولدها فان القرص ولدها وخلفوا عصبة ليسوا من قوم المرأة
المعتقة ولها عصبة كان بعصبتها دون عصبة ابنها لان الولد المكبر
وانه لا يورث وكذلك روي عن علي انه قال يرجع بالولا الي عصبتها اذا انقطع
ولدها الذكور وهو قول عامة العلما واذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان
لها موالي اعتقوها فالولا لموالي اعتقوها وان شرح جعل الولا بعد بنتها
لعصبة الكمل البنين دون عصبتها لانه يجعل الولا ميراثا كالمال وبيان
هذه الجملة امرأة اعتقت عبد الها ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات
العبد المعتق فماله لابنها لا لاخيها بلا خلاف فان مات ابنها وترك اخاه
واباه فان الولا للمحال دون الاب لان الخال اخ للمعتقة وهو عصبتها والاب
لا قرابة بينه وبين المعتقة وعلي قول شرح الولا للاب لا للمحال لان الاب
عصبة الابن وكذلك ان مات الابن وترك اخا لاب او عما او جدا من قبل
ابيه او ترك بني عم او ترك موالي ابيه فهذا كله سوا والولا يرجع الي عصبة
الام الاقرب منهم فالاقرب ان كان لها ابن اخ يرجع اليهم فان لم يكن
وكان لها موالي اعتقوها يرجع الولا اليهم وفي قول شريح لا يرجع الولا
ومعني علي جهته وعن الشعبي وابن ابي ليلي ان الولا للذكور من ولدها
والعقل عليهم ايضا دون سائر عصبة المعتقة وقالا كما يرثون كذلك
يعقلون عنه لان الخراج بالضمان والصحيح قول العامة لما روي ان الزبير

وعليا

وعليا رضي الله عنهما اختصما الي عمر رضي الله عنه في ولاء صفية
بنت عبد المطلب فقال الزبير هي امي فان ارثها الي ولاؤها وقال علي هي
عمتي وانا عصبتها وانا اعقل عنها فلي ولاؤها فقضي عمر بالولا للزبير
وبالعقل علي علي رضي الله عنهم اجمعين والمعني فيه ان اسمها والميراث
بالعصوبة والابن في ذلك مقدم علي الاخ وابن العم واما العقل فبالتناصر الا
ترى ان اهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة
والتناصر لهما ولمولاها بقوم ايهما لا بايهما كذلك كان العقل عليهم
واعتبار العقل بالميراث غير سديد لان العقل ليس يتبع الميراث لا محالة
الا ترى ان الرجل يرثه ولده الذكور والاناث واخوانه ولو جني جناية
لما عقل كان عقلها علي عصبته دون ولده واخوانه ولو اعتقت امة له ثم
عزقا جميعا ولا يدري ايهما مات اولا لم يرث المولي منهما وكان ميراثها
لعصبة المولي اذ لم يكن لها وارث واصل المسئلة ان العزقي والهدمي
لا يرث بعضهم من بعض عندنا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم
لان كل امرئ حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كانهما وقعا معا والمسئلة
تقرر في كتاب الفرايض ان شا الله تعالي ومعهما انه لازم حتى لا يقدر
المعتق علي ابطاله احتى انه لو اعتق عبده سايبة بان اعتقه وشرط ان يكون
سايبة لا ولاء له عليه كان شرطه باطلا وولاؤه له عند عامة العلما وقال مالك
ولاؤه لجماعة المسلمين والصحيح قول العامة لقول النبي صلي الله عليه وسلم
الولا لمن اعتق وكذا الا يملك نقله الي غيره حتى لا يجوز بيعه وهبته والتصدق
به والوصية وهذا قول عامة العلما وقال بعضهم يملك نقله بالبيع وغيره
واحتجوا ان اسما اعتقت عبدا فوهبت الولا لابن مسعود ولنا قوله صلي الله
عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولان محل هذه التصرفات
المال والولا ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب واما ما روي عن اسما فيحتمل
ان يكون معناه وهبت له ما استحقت بالولا وهو المال فسماه الراوي
ولا لكونه مستحقا بالولا او يحمل هذا التوفيقا بين الدلايل وكذا اذا باع عبدا

وشرط على المشتري ان يكون ولاؤه له فالشرط باطل ويكون ولاؤه للمشتري
اذ العتق وكذا اذا اعتق عبدا وشرط ان يكون ولاؤه له فالشرط باطل لجماعة
المسلمين لم يصح ويكون ولاؤه للمشتري اذا اعتقه وكذا اذا اعتق عبدا وشرط
ان يكون ولاؤه له فالشرط له لما روينا وروي ان عائشة رضي الله عنها لما
اشترت بريرة رضي الله عنها لما اشترت بريرة شرط عليها ان يكون ولاها
لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في خطبته ما بال اقوام
يشترطون شروطا ليست في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط وهل
يحتمل الولاء التحول من محل الى محل ينظر فيه ان ثبت بايقاع العتق لا يتحول
ابدا لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق الزم الولاء المعتق وان ثبت بحصول
العتق لغيره فانه يتحول اذا قام دليل التحول وبيان هذه الجملة عبد تزوج
امة لقوم فولدت منه ولدا فاعتقها مولاها وولدها او كانت حبلى به حين
اعتقها او اعتقها فولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او كانت معتدة
من طلاق او موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت او الطلاق وقد اعتق
الاب رجل اخر كان ولاء الولد للذي اعتقه مع امه ولا يتحول الى مولى ابيه وان
اعتق ابوه بعد ذلك لانه لما اعتقها فقد ثبت ولاء الولد بايقاع العتق فيه
فلا يحتمل التحول وكذا اذا اعتقها وهي حبلى لما قلنا وكذا اذا اعتقها ثم جاءت
بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق لانا تيقنا بكونه في البطن وقت
الاعتاق لان الولد لا يولد لاقل من ستة اشهر فثبت ولاؤه بالاعتاق
فلا يتحول ولو جاءت بولد لستة اشهر فصاعدا يتحول ولاؤه الى مولى الاب
لانا لم نعلم يقينا انه كان في البطن وقت اعتاق الام فيجعل كما لو حدثت بعد
العتق فيكون حرا تبعا للام وثبت له الولاء من موالي امه على جهة البقية
يتحول الى موالي الاب اذا اعتق الاب لما يذكر واذا كانت الام معتدة من
طلاق او موت فان نسب الولد يثبت الى سنتين لان الوطء كان حراما
فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد في البطن يوم الاعتاق واذا
حكمنا بوجوده يوم الاعتاق يثبت الولاء بالاعتاق فلا يتحول الى غيره واذا

كانت

كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها لان الولد يتبع الام في الرق
والحرية فان اعتق الوه جر ولاء الولد الى مولاه وكذا روي عن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه ادبر فتية لهما اعجبه طرفهم واسلم مولاه لرافع
بن خديج رضي الله عنهم وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض
السجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع
بل هم موالي فاختصما الى عثمان بن عفان رضي الله عنه ولا الولد فقضى بولاء بهم
للزبير يعني ان الاب حر ولاء ولده الى مولاه وهو الزبير حين اعتقه
الزبير وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه
احد فيكون اجماعا ولان الاصل في الولاء هو الاب لان الولاء لحمة كلحمة النسب
والاب هو الاصل في النسب حتى ينسب الولد الى الاب ولا ينسب الى الام
الا عند تعذر النسبة الى الاب فكذا في اعتبار الولاء فما لم يعتبر جانب الام
عند تعذر الاعتبار من جانب الاب وان لم يكن من اهل الولاء ولا تعذر هاهنا
فيعتبر جانبه ولان الارث بالولاء من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الاب
اقوى فكان اولى ولو مات الاب عبدا ولم يعتق كان ولاء ولده لموالي الام
ابدا لتعذر جانب الاب واما الجد فهل يجر ولاء الحافد بان كان للاب الذي هو
عبد اب عبد وهو جد الصبي فاعتق الجد والاب عبد على حالة قال
عامة العلماء لا يجر ولا يكون مسلما باسلام الجد وولاء اولاد ابنة العبد
لموالي الام لا لموالي الجد وقال الشعبي يجر ويكون مسلما باسلام الجد
وجه قوله ان الجد يقوم مقام الاب في الولاية فان الاب اذا كان عبدا يتحول
الولاية الى الجد فكذا يقوم مقامه في جر الولاء والاسلام ولنا ان الاب
فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعا له في الولاء والاسلام ولان
الجد لو جر الولاء لكان لا يثبت الولاء لموالي الام راسا اذ لا شك ان اصله
يكون حرا ما لجد الاب او من قبله من الاجداد الى ادم صلوات
الله عليه وسلامه فلما ثبت الولاء لموالي الام في الجملة دل ان الجد
لا يجر وكذا لا يصير مسلما باسلام الجد لانه لو صار مسلما باسلامه جد

الجد ولا كان الناس كلهم مسلمين باسلام ادم عليه السلام وبينفي ان يجوز
استرقاق احد والمعلوم بخلافه فثبت ان القول بجعل الولد تابعا للجد
في الولا باطل **فصل** واما بيان قدره فالولا يثبت بقدر العتق لان سبب
ثبوت العتق والحكم يتقدر بقدر السبب وبيانه في العبد المشترك بين
اثنين اعتق احدهما نصيبه وهو موسر وهو معسر وقد ذكرنا
الاختلاف فيه في كتاب العتاق بنا على تخريج العتق وعدم تخريجه
والله الموفق **فصل** واما بيان حكم الولا فله احكام منها الميراث وهو ان
يرث المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الدلالة ويرث مال ولاده عند وجود
شرط الارث وهو ما ذكرنا ومنها تحمل العقل للتقصير في النصرة والحفظ
ومنها ولاية الانكاح لانه اخر العصبات ثم اذا ورث المعتق مال المعتق فان
كان المعتق معلوما يدفع اليه وان لم يعلم يوقف الولا كما اذا اشترى رجلا
عبدا ثم ان المشتري اقر ان البايع كان قد اعتقه قبل ان يبيعه فهو حر
وولاؤه موقوف اذا جحد البايع ذلك فان صدقه بعد ذلك لزمه
الولا وعليه ان يرد الثمن على المشتري وكذلك ان صدقه ورثته
بعد موته اما حر يد الرب فان اعتاق البايع ان لم يثبت في حق
البايع باقرار المشتري لتكذيب البايع اياه فقد ثبت في حقه
لانه في اقراره على نفسه مصدق ان لم يصدق على غيره فيثبت اعتاق
البايع في حقه فيثبت حرية العبد في حقه لكن ليس له ان يرجع
بالثمن على البايع لان اقراره بالاعتاق لم ينفذ في حقه لتكذيب اياه
فلم يثبت عتق العبد في حقه واما كون الولا موقوفا فلانه لا يمكن
اثباته للمشتري لانه لم يوجد منه الاقرار باعتاق العبد من نفسه ولا
يمكن اثباته للبايع لان اقرار المشتري لم ينفذ عليه فلم يكن المعتق معلوما
فتعذر ايجاب الولا العبد موقوفا على يد البايع وورثته فان صدقه البايع
لزمه الولا لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن الى المشتري لانه
تبين انه باع حرا وكذا اذا مات البايع وصدقه ورثته المشتري لان ورثته

قاموا

قاموا مقام الميت فصار تصديقهم كتصديق الميت هذا اذا اقر المشتري
باعتاق البايع فان اقر بتدبيره وانكر البايع فمات البايع عتق العبد لان
اقرار المشتري بتدبير البايع اقرار منه باعتاقه العبد بعد موته فاذا مات
فقد اقراره في حقه ان لم ينفذ في حق البايع لما بينا فيحكم بحرية العبد
على المشتري وولاؤه يكون موقوفا لما قلنا الا اذا صدقه ورثة البايع بعد
موته فيلزم الولا البايع استحسانا والقياس ان لا يلزمه في هذه
الوجه الاول ايضا وجه القياس ان ولا الميت لم يثبت فالورثة بالتصديق
يريدون اثبات ولا لم يثبت له فلا يملكون ذلك كما لا يملكون اثبات السبب
عليه وجه الاستحسان ان تصديقهم اقرار منهم بما يملكون انشاءه
سببا في الحال لانهم يملكون اعتاق العبد للحال فكان اقرارا على انفسهم
بثبوت الولا لهم في الحقيقة فيصح اقرارهم في حق انفسهم بثبوت
الولا ولذلك اقر بين رجلين شهد كل واحد منهما انها ام ولد من
صاحبه وصاحبه ينكر فاذا مات احدهما عتقت وولاؤها موقوف اما
المعتق فلان كل واحد منهما نفى الولا عن نفسه والحق بصاحبه فما
نفى عن نفسه ولم يلتحق بصاحبه يبقى موقوفا وكذلك عبد بين رجلين
قال كل منهما لصاحبه انك قد اعتقت هذا العبد وحد الاخر فالعبد حر
وولاؤه موقوف حتى لو مات وترك مالا لم يرثه واحد منهما ويوقف في بيت
المال الى ان يصدق احدهما صاحبه لما قلنا وعلى هذا مسايل تذكر ولا
موقوف فميراثه يوقف في بيت المال وجناية العبد على نفسه لا تعقل
عنه بيت المال وانما يوقف ميراثه لبيت المال لان ولاءه موقوف لا يعرف
لمن هو وكان ميراثه موقوفا ايضا لانه يثبت به فيوقف في بيت المال كاللقطة
واما جنايته فانما لا تحمل عند بيت المال لانه له عاقلة غير بيت المال وهو
نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال ويصير هو عاقلة نفسه في هذه
الحالة لجهالة مولاه بخلاف الميراث لانه لا يمكن اثباته لغير مستحق
ولا يستحق الا احدهما وهو غير معلوم فيوضع في بيت المال ضرورة وهذا

بخلاف اللقيط انه يرثه بيت المال ويعقل عنه ايضا لان هناك ولاءه
كان ثابتا من انسان الا انه لا يعرف وانما جعل العقل على بيت المال
اذا لم يكن له ولا ثابت الان ميراثه يوضع في بيت المال لانه مال الضائع
ولم يثبت ولاء الملتقط من احد فكان عقله على بيت المال كما ان ميراثه
لبيت المال والله اعلم **فصل** واما بيان ما تظهر به الولاء فالولاء تظهر
بالبينة مرة وبالاقرار اخرى اما البينة فنحو ان يدعي رجل انه وارثه
او ان
مولاه المعتقه العتاقه فيشهد له شاهدان هذا اللقيط اعتق هذا الميت وهو
يملكه وهو وارثه لا يعلمون له وارثا غيره جازت الشهادة لانهم شهدوا
شهادة منتشرة لاجماله فيها فتقبلت ولو شهدا ان الميت مولاه وانه وارثه
لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حتى يفسر الولاء لانه قد يكون ولاء عتاقة
وقد يكون ولاء موالاة واحكامها مختلفة فما لم يفسر كان مجهولا فلا
تقبل الشهادة عليه وكذلك لو شهدوا ان الميت مولاه مولى العتاقة لم
تجز ايضا لان مولى العتاقة نوعان اعلى واسفل فلا تقبل الشهادة الا
بالبيان والتفسير ولو ادعى رجلان ولاءه بالعتق واقام كل واحد منهما
البينة جعل ميراثه بينهما لانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو
الدعوى والحجة فيستويان في الاستحقاق ولو وقتا وقتا فالسابق
وقتا اولى لانه اثبت العتق في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فكان
الثاني مستحقا عليه ولو كان هذا في ولاء الموالاة كان صاحب الوقت
الاخير اولى لان ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ فكان عند الثاني
نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول انه كان قد عقل
عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقض فاشبه ولاء العتاقة وان اقام
رجل البينة انه اعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا غيره فقضى
له القاضي بميراثه وولائه ثم اقام اخر البينة على مثل ذلك لم تقبل
الا ان يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه ثم اعتقه وهو
يملكه فيبطل قضاء الاول لان الاصل ان القاضي اذا قضى بقضية فانه لا

يسمع ما يأتي بعدها الا اذا تبين ان القضاء الاول كان باطلا فاذا لم
يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه لم يتبين بطلان القضاء
الاول فلا تقبل البينة من الثاني الا اذا اقامت على الشراء من الاول
قبل ان يعتقه فتقبل وتقضي للثاني ويبطل قضاؤه للاول لانه
تبين بهذه الشهادة ان الاول اعتق ما لا يملك فتبين انه وقع
باطلا وصح الثاني واما الاقرار فنحو ان يقول رجل انه مولى عتاقته
من مولاه او من تحت وصدقه الاخر فهو مولاه يرثه ويعقل عنه قوله
لان الولاء سبب يتوارث فيصح الاقرار به كالنسب والنكاح وان كان
له اولاد كبار فما ذكروا ذلك فقالوا ابونا مولى عتاقة لفلان اخر فالآ
يصدق على نفسه والاولاد مصدقون على انفسهم لانه لا ولاية للاب
على الاولاد الكبار فلا ينفذ اقراره عليهم ويصح اقراره على انفسهم
لان لهم ولاية على انفسهم وان كان الاولاد صغارا كان الاب مصدقا
عليهم لان له ولاية على اولاده الصغار الا ترى انه لو اعتدح انسان
عبدا الولاء اولاده الصغار وان كذبته الام وثبت ولاؤه لم يلتفت
الى قولها ويؤخذ قول الاب لان الاب لما كان حيا كانت الولاية له والولاء
يشبه النسب والنسب الى الاب وكذلك اذا قالت هم ولدي من غيرك
لم يصدق لانهم في يد الاب دون الام فلا تصدق الام الا بحجة لغيره فان
قالت ولدته بعد عتقي بخمسة اشهر فهو مولى لموالي وقال الزوج
ولدته بعد عتقك لستة اشهر فالقول قول الزوج لان الولد ظهر في حال
يكون ولاؤه لمولى الاب والمرأة تدعي انما ولدت في حال يكون ولاؤه لمولى
الام فكان الحال شاهدا للزوج فلا تقبل قولها الا ببينة ونظير هذا الزوج
والمرأة اذا اختلفا فقال احدهما كان النكاح قبل ستة اشهر والولد من
الزوج وقال الاخر كان النكاح منذ اربعة اشهر فالقول قول الذي يدعي
ان النكاح قبل ستة اشهر لان الولد ظهر في حال بيان السبب من الزوج
وهو حال قيام النكاح ويصح الاقرار بولاء العتاقة في الصحة والمرض لانه

سبب التوارث فيستوي فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح ولو قال
اعتقتني فلان او فلان وادعي كل واحد منهما على صاحبه هذا الاقرار
باطل لانه اقر لمجهول فان اقر بعد ذلك لاحدهما او لغيرهما انه مولاه
جاز لانه اقراره للاول وقع باطلا لجهالة المقر له والولا لا يثبت من
المجهول كالنسب فبطل والتحق بالعدم فبعد ذلك ان تقر لمن يشاء
والله الموفق **فصل** واما ولاء الموالاة فالكلام فيه في مواضع في بيان
ثبوته شرعا وفي بيان سبب الثبوت وفي بيان شرائط السبب وفي بيان
صفة السبب وفي بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان ما يظهر به
اما الاول فقد اختلف في ثبوت هذا الولاء اصحابنا انه ثابت ويقع به التوارث وهو قول عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم
وهو قول ابراهيم النخعي وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه انه يورث به
ويوضع في بيت المال ويد اخذ مالك والشافعي وجد قولهما انه لو عقد الولا
ابطال حق جماعة المسلمين لانه اذا لم يكن للعاقد وارث كان ورثته جماعة
المسلمين الا ترى انهم يقتلون عنه قتلا موا مقام الورثة المعينين
فكما لا يقدر على ابطال حقهم لا يقدر على ابطال حق من قام مقامهم
ولهذا قلنا انه اذا اوصى بجميع ماله لانسان ولا وارث له لا يصح لانه اذا
لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين فلا يملك ابطال
حقهم فكان هذا والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب
فقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد من
النصيب الميراث لانه اضاف النصيب اليهم فيدل على قيام حق متقدر
لهم في التركة وهو الميراث لا هذا معطوف على قوله ولكل جعلنا موالي مما
ترك الوالدان والاقربون لكن عند عدم ذوي الارحام عرفناه بقوله
تعالى في سورة الانفال واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب
الله واما السنة فما روي عن تميم الداري انه قال سألت رسول الله صلى الله
عليه وسلم ممن اسلم على يدي رجل ووالاه فقال عليه السلام هو احق الناس

به محياه ومماته اي حال حياته وحال موته اراد به محياه في العقل ومماته
في الميراث واما المعقول فهو ان بيت المال انما يرث الولاء لانه
لانه بيت مال المؤمنين قال الله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم
اولياء بعض وللمولى هذا الولاء وولاء اخرى بالعاقدة فكان اولى من عامة
المؤمنين الا ترى ان مولى العتاقة اولى من بيت المال للتساوي في
ولاء الايمان والترجيح لولاء العتق لذا هذا الا ان مولى الموالاة يتأخر
عن سائر الاقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوي الارحام لان الولاء
بالرحم فوق الولاء بالعقد فتحلف عند ذوي الارحام وولاء العتاقة
بما تقدم من النعمة بالاعتاق الذي هو احياء ايلاد معنى الحث بالتعصيب
من حيث المعنى ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب
واما قولهما ان جماعة المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد
قبل العاقدة فاما بعد العاقدة فلا والدليل على بطلان هذا الكلام انه
يصح وصيته بالثلث ولو كان كذلك لما صح لانه وصية للوارث **فصل**
واما سبب ثبوته فالعقد وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الذي اسلم
على يد انسان له او لغيره انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت
فيقول قبلت سواء كان ذلك للذي اسلم على يديه اولا خر بعد ان ذكر الارث
والعقل في العقد ولو اسلم على يدي رجل ولم يوالاه ووالا غيره فهو مولى
الذي والاه عند عامة العلماء وعند عطاء هو مولى الذي اسلم على يده
والصحيح قول العامة لقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم
جعل الولاء للعاقد ولم يقل ان الصحابة اثبتوا الولاء بتقبل الاسلام وكذا
الناس كانوا يسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة و
التابعين فكان لا يقول احد لمن اسلم على يد احد انه ليس له ان يوالي غير الذي
اسلم على يده فثبت ان نفس الاسلام على يد رجل ليس بسبب لثبوت الولاء
له بل السبب هو العقد فما لم يوجد لا يثبت الارث والعقل **فصل**
واما شرائط العقد فمنها محل العاقد فلا صحة للايجاب والقبول بدون العقل

واما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الايجاب فلا ينعقد الايجاب من الصبي
وان كان عاقلا حتى لو اسلم الصبي العاقل على يدي رجل ولاه لم يجز وان
اذن ابوه الكافر بذلك لان هذا عقد وعقود الصبي العاقل انما تقف
على اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم فكان اذنه والعدم
بمنزلة واحدة ولهذا لا يجوز سائر عقوده باذنه كالبيع ونحوه كذا عقود
الموالاة فاما من جانب القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والا بالغ صبيا
فقبل الصبي ينعقد موقوفا على اجازة ابيه او وصيه فان اجاز جاز لان هذا
نوع عقد فكان قبول الصبي بمنزلة قبوله في سائر العقود فيجوز باذن وليه
ووصيه كسائر العقود وللاب والوصي ان يتبلا عنه كملك البيع ونحوه و
كذلك لو والى رجل عبدا فقبل العبد وقف على اجازة المولى فاذا اجاز جاز
الا ان في العقد اذا اجاز المولى فالولاء من المولى وفي الصبي اذا اجاز الاب
او الوصي يكون الولاء من الصبي وانما كان كذلك لان العبد لا يملك شيئا كان
المشتري لولاه فاما الصبي فهو من اهل الملك الا ترى انه لو اشترى شيئا كان المشترى
له ولو والى رجل مكاتبا جاز وكان مولى لمولى المكاتب لان قبول المكاتب صحيح
الا ترى انه يملك الشراء فجاز قبوله الا ان الولاء لا يكون للمولى لان المكاتب
ليس من اهل الولاء الا ترى انه لو كاتب عبدا قادي وعتق كان الولاء للمولى
بخلاف الصبي فانه من اهل الولاء الا ترى ان الاب لو كاتب عبد ابنه الصغير
فادي عتق ويكون الولاء من الابن واما الاسلام فليس بشرط لجواز هذا العقد
فيجوز موالاة الذمي والذمي المسلم والمسلم الذمي لان الموالاة بمنزلة
الوصية بالمال ولو اوصى ذمي لذمي لمسلم لذمي جازت الوصية
كذا الموالاة وكذا الذمي اذا والى ذميا او مسلما اسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة
ليست بشرط فيجوز موالاة الرجل امراة والمراة رجلا وكذا دار الاسلام
حتى لو اسلم حربي فوالاه مسلما بدار الاسلام او في دار الحرب لان
الموالاة عقد من العقود فلا تختلف بالذكورة والانوثة وبدار الاسلام
وبدار الحرب وسنها ان لا يكون للمعاقد وارث وهو ان لا يكون له من

اقاربه من يرث منه فان كان لم يصح العقد لان القرابة اولى من العقد والقوله
تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وان كان له زوج او زوجة
يصح العقد ويعطي نصيبهما والباقي للمولى ومنها ان لا يكون من العرب
حتى لو والى عربي رجلا من غير قبيلته لم يكن مولاه ولكن ينسب الى
عشيرته وهم يعقلون عنه لان جواز الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون
بالعشائر وانما تجوز موالاة العجم لان ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها
فتجوز موالاتهم لاجل التناصر واما الذي هو من العرب فله قبيلة ينصرونه
والنصرة بالقبيلة اقوى فلا يصير مولى ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة
كذا ولاء الموالاة ولانه لما لم يثبت عليه ولاء العتاقة مع انه اقوى فولاء الموالاة
اولى وكذا لو والت امراة من العرب رجلا من قبيلتها لما بينا ومنها ان لا يكون
من موالي العرب لان مولاهم منهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم مولى القوم
منهم ومنها ان لا يكون معتق احد فان كان لا يصح منه عقد الموالاة لان
ولاء العتاقة اقوى من ولاء الموالاة لانه لا يلحقه الفسخ وولاء الموالاة يلحقه
الفسخ فلا يجوز رفع الاقوى بالاضعف ومنها ان لا يكون قد عقل عنه غير الذي
يواليه فان كان قد عقل عنه لم يجز موالاته سواء كان عاقد غيره فعقل عنه او
عقل عنه بيت المال حتى لو مات كان ميراثه لمن عاقده اولا فعقل عنه او بيت
المال لانه لما عاقله فعقل عنه فقد تاكد عقده ولزوم وخرج من احتمال النقض
والفسخ لما تقدم فلا يصح معاقدة غيره وكذا اذا عقل عنه بيت المال لانه لما عقل
عنه بيت المال فقد صار ولاؤه للجماعة المسلمين فلا يملك تحويله الى واحد
منهم بعينه وان كان عاقد غيره ولم يعقل عنه جاز عقده مع اخر لان مجرد العقد
بدون العقل غير لازم حتى لو والى رجلا فكان له ان يتحول فكان اقدامه على
الثاني فسخا للاول **فصل** واما صفة العقد فهو انه عقد جائز غير لازم
حتى لو والى رجلا كان له ان يتحول لولاية الى غيره لانه عقد لا يملك به
شيئا فلم يكن لازما كالوكالة والشركة لانه بمنزلة الوصية بالمال والوصية
غير لازمة فكذا عقد الولاء الا اذا عقل عنه فتاكد العقل بقضاء القاضي وفي التحول

الي غيره فسخ قضايه ولا يملك فسخ القضا وكذا الدان لينسخه صريحا قبل ان
يعقل عنه لان كل عقد غير لازم لكل واحد من العاقدين فسخه كسايرالعقود
التي هي غير لازمه ولان كل عقد يجوز لاحد العاقدين فسخه يجوز للاخر كساير
العقود القابلة للفسخ وها هنا يجوز لاحد العاقدين فسخه وهو القابل فكذا
للاخر الا انه ليس له ان ينسخه الا بحضرة الاخر اي بعلمه لانه تعلق به حق
للاخر فلا يملك ابطاله متصورا من غير علم كتوكيل الوكيل متصورا من غير
علم الا ان يوالي الاسفل اخر فيكون ذلك بقضاء ولانه وان لم يحضر صاحبه
او ابطاله ضرورة لانه لا يملك موالاة غيره الا بانفساخ الاول فينفسخ
الاول دلالة او ضرورة وقد يثبت الشئ ضرورة وان كان لا يثبت قصدا
كمن وكل رجلا ببيع عبده ثم عزله والوكيل غايب لم يعلم به لم يصح عزله
ولو باع العبد واعتقه انعزل الوكيل علم او لم يعلم فكذا هذا والله الموفق

فصل واما حكم العقد فالعقل في حال الحياة والارث بعد الموت وهو ان المولى
الاعلى يعقل عنه في حال حياته ويرثه بعد موته فيرث الاعلى من الاسفل عندنا
لما ذكرنا من الدلايل فيما تقدم ويرث الاسفل ايضا اذا شرط ذلك في
المعاقدة بخلاف ولاء العتاقة ان هناك يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل
من الاعلى لان سبب الارث هناك وجد من الاعلى لا من الاسفل وهو العتق
والسبب ها هنا العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين فيعتبر ذلك
لقوله عليه السلام المومنون عند شروطهم وكما يثبت حكم الولاية الرجال
يثبت في الاولاد الصغار تبعا له حتى لو والا انسانا ولده اولاد صغار
صار والذي والاه الاب وكذا والي انسانا ثم ولد له اولا وحلوا في ولاء الاب
بطريق التبعية ولان للاب ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا يصير
اولاد الكبار موالي بموالاة الاب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى
لو والى الاب انسانا وله ابن كبير فوالى رجلا اخر فولاوه له للمولى ابنه
ولو كبر بعض اولاده الصغار وارادا التحول عنه الى غيره فان كان المولى قد
عقل عنه او عن ابيه او عن احد من اخوته لم يكن له ان يتحول وان لم يكن

عقل

عقل عن احد منهم كان له ذلك اما جواز التحول عند عدم العقل فلانه
لو كان كبيرا وقت عقد الاب لجاز له التحول فكذا اذا كبر في العقد لان المانع
من السراية في الحالين واحد وهو عدم التبعية والولاية واما عدم الجواز
عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضا القاضي به وهو التحول فنسخه وهذا
لا يجوز فيلزم ضرورة ولو عاقدت امراة عقد الولا ولها اولاد صغار لا يصيرون
موالي للذي والدهم ولا تشبه الام في هذا الاب لانه ليس للمراة ولاية
على اولادها الصغار الاتري انها لا تشتري لهم ولا تبيع عليهم وللاب ان
يفعل ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في الخلاف فقال يثبت
حكم ولاء في اولادها الصغار في قول ابي حنيفة وعندهما لا يثبت
ولو والى رجل رجلا ثم ولد له من امراة قد والت رجلا مولا الولد لموالي
الاب لانه اجتمع ولاء الاب وولاء الام فرجح جانب الاب لان للاب
ولاية عليهم ولا ولاية للام الاتري ان للاب ان يعقد على ولده عقد البيع
والنكاح وليس للام ذلك فكذا عقد الولا وكذلك لو والت وهي حبلى ولا
يشبه هذا ولاء العتاقة لان في ولاء العتاقة اذا اعتقها وهي حبلى ثبت الولا
بالعتق والعتق ثبت في الولد فكان يثبت في الام فكان للولد ولا نفسه
لكونه اصلا في العتق فاما في ولاء الموالاة يثبت الولا بالعقد وعقدها لا يجوز
على مافي بطنها فلم يصير الولد اصلا في الولد فكان تبعا للاب في الولا
كما في المسئلة الاولى وكذلك لو كان لهما اولاد صغار فوالت الام انسانا
ثم والى الاب احرارا لا ولاء لموالي الاب لما قلنا ذمية اسلمت ووالدت
رجلا ولها ولد صغير من ذمي لم يكن ولاء ولدها مولاها في قول ابي يوسف
ومحمد وهو الذي قياس قول ابي حنيفة يكون ولاء ولدها لمولاها بمنزلة
العتاقة وجه قولهما ان الام لا ولاية لها على الولد بدليل انه لا يجوز لها
ان تعقد على ولدها لمولاها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولاء ولابي
حنيفة ان الذمي لا ولاية له على ولده المسلم فتعذر اثبات الولا من الاب
والولا اذا تعذر اثباته من جهة الاب يثبت من جهة الام كما اذا كان الاب

عبدا وكاتبه ولا العتاقة اذا كان الاب عبدا ولو قدم حربي الينا بامان
فاسلم وولي رجلا ثم سبي ابنه فاعتقلم يجز ولا الاب وان سبي الوحجر
ولا ابنه الي مواليه لان الابن يتبع الاب في الولا لما ذكرنا فاما الاب فلا يتبع الابن
لانه لا ينسب اليه وانما ينسب الابن الي ابيه فان كان ابن الابن اسلم وولا
رجلا لم يجز الجد ولاه وذكر في الاصل وقال لان الجد لا يجر الولا الا ان يجر ولا
ابنه فيجر جره ولا ابنه ولاه وقال الحاكم السمرقندي رحمه الله وجد هذه
المسئلة ان يكون الاسفل مواليا والاوسط حربيا والجد معتقا فلا يجر
ولا الاسفل الا ان يسلم الاوسط ويوالي فيجر الجد ولاه ولو اسلم حربي
او ذمي على يد رجل ثم اسلم ابنه الكبير على يدي رجل اخر وولاه كان كل
واحد منهما مولي للذي والاه ولا يجر بعضهم الي بعض وليس هذا
كالعتاقة اذا اعتق ابوه جر ولا الولد الي نفسه لان هاهنا ولاكل
واحد منهما ثبت بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز علي نفسه
ولا يجوز علي غيره وهناك ولا الولد ثبت بالعهد وولا الاب ثبت بالعتق
وولا العتق اقوي من ولا الموالاة فيستتبع الاقوي الاضعف وهاهنا
بخلافه لان كل واحد منهما ليس اقوي من صاحبه لثبوت كل واحد منهما
بالعقد فهو الفرق **فصل** واما صفة الحكم فنوعان الولا الثابت بهذا
العقد لا يحتمل التمليك بالبيع والهبة والصدقة والوصية لانه ليس
بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولا العتاقة لقوله صلي الله عليه وسلم
الولا لا يباع ولا يوهب حتي لو باع رجل ولا موالاة او اعتاقه لعبد و
قبضه ثم اعتقه كان اعتاقه باطلا لان قبضه لم يصادف محلا اذ الولا ليس
بمال فلم يملك فلم يصح اعتاقه كما لو اشتري عبدا بمية او دم او خمر و
قبضه ثم اعتقه ولو باع المولي الاسفل ولاه من اخر او وهبه لا يكون ذلك
بيعا ايضا وهبة لما قلنا لكنه يكون نقضا للولا الاول وموالاة لهذا
الثاني لان الموالاة لا تتباعض فتبطل العوض وتبقي الولا لكل فيكون موالاة
بينه وبين الثاني كما لو سلم الشفعة بمال صح التسليم لكن لا يجب المال

فصل

واما بيان ما يظهر به فانه يظهر بما يظهر به ولا العتاقة وهو
الشهادة المعترة والاقرار سواء كان الاقرار في الصحة او في المرض لانه غير
متهم في اقراره اذ لم يكن له وارث معلوم فيصح اقراره كما تصح وصيته بجميع
ماله اذ لم يكن له وارث معلوم ولو مات رجل فاخذ رجل ماله وادعي انه
وارثه ليس للقاضي ان يمتنع منه اذا لم يخاصمه احد لان القاضي لا يدري
انه لبيت المال او لغيره وهو يدعي انه له ولا مانع منه فلا يعرض له فان
خاصمه احد سأله القاضي البينة لانه لا يد له فكان مدعيا فعليه البينة
والله اعلم كتاب الولا **كتاب الاجارة**

احكام

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز الاجارة وفي ركن
الاجارة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان صفة الاجارة وفي بيان حكم
الاجارة وفي بيان حكم العاقدين في عقد الاجارة وفي بيان ما ينتهي
به عقد الاجارة اما الاول فالاجارة جائزة عند عامة العلماء وقال ابو
بكر الاصم انها لا تجوز والقياس ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع
للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع ولا يجوز اضافة البيع الي ما
لم يخلق في المستقبل كاضافة البيع الي اعيان لم تخلق في المستقبل فاذا لا
سبيل الي تجويزها الا باعتبار الحال ولا باعتبار المال فلا جواز لها اصلا
لكنا استحسنا الجواز بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالي
حكاية عن احد المرأتين اللتين سقي لهما موسي عليه السلام قال اني اريد
ان انكحك احدي ابنتي هاتين علي ان تأجرني ثماني حجج اي علي ان تكون اجيرا
لي او علي ان يجعل عوضي من انكاحي ابنتي اياك رعي غنمي ثماني
حجج يقال أجره الله بأجره اي عوضه واثابه وقوله خبرا عن تينك
المرأتين قالت احداهما يا ابت استأجره ان خير من استأجرت القوي الامين
وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا لما عرف في اصول الفقه من غير
نسخ يصير شريعة لنا مبتدأة ويلزمنا علي انه شريعتنا لا علي انه شريعة
من قبلنا لما عرف في اصول الفقه وقوله فاذا قضيت الصلاة فانتشروا

في الارض وابتغوا من فضل الله والاجارة ابتغاء الفضل وقوله ليس عليكم
جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم وقد قيل نزلت الاية في حج المكاري فانه
روي ان رجلا جاء الى ابن عمر رضي الله عنه فقال انا قوم نكري وتزعم ان
ليس لنا حج فقال الستم تحرمون وتلبون وتطوفون وترمون فقال نعم فقال انتم
حجاج ثم قال سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سالتني فلم يجبه
حتى انزل الله ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم انتم حجاج وقوله تعالى في استيجار الظئر وان اردتم
ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم نفى الجناح عمن يسترضع ولده
والمراد منه الاسترضاع بالاجرة دليله قوله اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف
قبل الاجرة التي قبلتم وقوله فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وهذا
نص وهو في المطلقات واما السنة فما روي محمد رحمه الله في الاصل عن ابي
سعيد الخدري وابي هريرة رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لا يبتاع الرجل على سوم اخيه ولا ينكح على خطبته ولا
تناجشوا ولا تبيعوا بالفاظ الهجو ومن استاجر اجيرا فليعلمه اجره و
هذا تعليم شرط جواز الجواز وهو اعلام الاجر فدل على الجواز وروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يبتاع الرجل على سوم اخيه ولا ينكح على
خطبته قال اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه امر بالمبادرة الى اعطاء
اجر الاجير عقيب فراغه من العمل من غير فصل فدل على جواز الاجارة و
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يقول الله ثلاث انا خصمهم الله يوم
القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل اعطاني ثم غدر ورجل باع حرا
فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا واستوفى منه ولم يعطه اجره وعن عائشة
رضي الله عنها انها قالت استاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر رجلا
من الدليل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما
واعداه غار ثور بعد ثلاث فاتاهما فارتحلا وانطلق معهما عامر
بن فهيرة والدليل الديلي فاخذ بهم بطريق الساحل وادنى ما يستدل

بفعل

بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز وروي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم مر على رافع بن خديج وهو على حائطه فاعجبه فقال لمن هذا الحائط
فقال لي يا رسول الله استاجرته فقال عليه السلام لا تستاجره بشيء منه
خص النهي باستيجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جائزة
اصلا لعم النهي اذ النهي عن المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى
الله عليه وسلم والناس يواجرون ويستاجرون فلم ينكر عليهم فكان
ذلك تقريرا منه والتقرير احد وجوه السنة واما الاجماع فان الامة
اجمعت على ذلك قبل وجود الاصم حيث لم يعتد بخلافه في عقد الاجارة في زمن
الصحابة رضي الله عنهم الى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبا بخلافه
اذ هو خلاف الاجماع وبه تبين ان القياس قد ترك ولان الله تعالى
انما شرع العقود لحوائج المعتاد وحاجتهم الى الاجارة ماسة لان
كل احد لا يكون له دار مملوكة يسكنها او ارض مملوكة يزرعها او دابة
مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها باشر العدم الثمن ولا بالهبة والا
لان نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج الى الاجازة فجوزت بخلاف
القياس لحاجة الناس كما تسلم وجوزه بجملته ان الشرع شرع لكل حاجة
عقدا يختص بما شرع لتملك العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع لتملكها
او بغير عوض عقدا وهو الهبة وشرع لتملك المنفعة بغير عوض عقدا
وهو الاعارة فلو لم تشرع الاجارة مع استماس الحاجة اليها لم يجد العبد
لرفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع **فصل**
واما اركن الاجارة ومعناها اما اركنها فالايجاب والقبول وذلك بلفظ
دال عليهما وهو لفظ الاجارة والاستيجار والاكراء والاكتراء فاذا وجد
ذلك فقد تم الركن والكلام في صيغة الايجاب والقبول وصفتهما في
الاجارة كالكلام فيهما في البيع وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع
واما معنى الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سماها اصل
المدينة بيعا واراد به المنفعة ولهذا يسمى البدل في هذا العقد اجرة

عان

وسمى الله تعالى بدل الرضاع اجرا بقوله فان ارضعن
لكم فاتوهن اجورهن والاجرة بدل المنفعة لغة ولذا سمي المهر في باب
النكاح اجرا بقوله فانكحوهن باذن اهلهن واتوهن اجورهن بالمعروف
اي مهورهن لان المهر بدل منفعة البضع وسوا اضيفت الى الدور والارض
والبيوت والحوانيت والحمامات والقساطيط وعبيد الخدمة والدواب
والثياب والحلي والاواني والظروف ونحو ذلك او الى الصناع من القصار
والخياط والصباغ والصايغ والنجار فالاجير قد يكون خاصا وهو الذي
يعمل لواحد وهو الذي يسمى ماجيرا لوحد وقد يكون مشتركا
وهو الذي يعمل لعامة المسلمين وهو المسمى بالاجير المشترك وذكر
بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال
وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه في احد النوعين المنفعة
وفي الاخر العمل وهي في الحقيقة نوع واحد لان منافع المنفعة فكان
المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعا الا ان المنفعة تختلف باختلاف
محل المنفعة فيختلف استيفاؤها استيفاء منافع للمنازل بالسكنى
والاراضي بالزراعة والثياب والحلي باللبس وعبيد الخدمة والدواب
بالركوب والحمل والاواني والظروف بالاستعمال والصناع بالعمل من
الخياطة والقصارة ونحوها وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء
كما في اجير الوحد حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الاجر واذا
عرف ان الاجارة بيع المنفعة فيخرج عليه بعض المسايل فنقول لا تجوز
اجارة الشجر والكرم للثمر لان الثمر عين والاجارة بيع المنفعة لا
بيع العين ولا تجوز اجارة الشاة للبنها او سمنها او صوفها او ولدها
لان هذه اعيان فلا تستحق بعقد الاجارة ولذا اجارة الشاة لترضع
حدبا الوصيا لما قلنا ولا تجوز اجارة ملقيح لثمر او بيض او قناة او عين
لان الماعين فان استاجر القناة والعين والبيض والحمل لم يجز ايضا لان
المقصود منه الماء وهو عين ولا يجوز استيجار الاجام التي ينبت فيها السمك

وغيره

وغيره من القصب والصيد لان كل ذلك عين فان استاجرها مع الما
فهو فاسد واخبث لان استيجارها بدون الما فاسد فكان مع الما
فاسد ولا تجوز اجارة المراعي لان الكلاء عين فلا يحتمل الاجارة ولا تجوز
اجارة الدراهم والدنانير وكذا تبر النحاس والرصاص ولا استيجار
المكيلات والموزونات لانه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها
اعيانها والداخل تحت الاجارة المنفعة لا العين حتى لو استاجر الدراهم
والدنانير ليعير بها ميزانا او حنطة ليعير بها مكيالا او وزنا ليعير به
ارطالا او امنانا وقتا معلوما مما ذكرنا في الاصل انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع
بها مع بقاء عينها فاشبه استيجار سجات الميزان وذكر الكرخي
انه لا يجوز لعقد شرط اخر وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه
الاشيا من هذه الجهة ليس بمقصود عادة ولا يجوز استيجار الفحل للضراب
لان المقصود منه النسل وذلك بانزال الما وهو عين وقد روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسب الفحل اي كراوه لان العسب
في اللغة وان كان اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بممكن
لما في النهي عند من قطع النسل فكان المراد منه كراء عسب الفحل لانه حذف
الكراء واقام العسب مقامه كما في قوله تعالى واسال القرية ونحو ذلك
ولو استاجر كلبا معلما ليصيد به او بازيا لم يجز لانه استيجار على العين
وهو الصيد وجنس هذه المسايل يخرج على هذا الاصل فان قيل اليس
ان استيجار الظير جايز وانه استيجار على العين وهو اللبن بدليل
انه لو ارضعته بلبن شاة لم تستحق الاجر فالجواب انه روي عن
محمد ان العقد يقع على خدمة الصبي واللبن يدخل على طريق التبع فكان
ذلك استيجارا على المنفعة ايضا واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبي
من غسله وغسل ثيابه والتاسما اياه وطبخ طعامه ونحو ذلك واللبن
يدخل فيه تبعا كالصبغ في استيجار الصباغ واذا ارضعته بلبن شاة
فلم تات بما دخل تحت العقد فلا يستحق الاجر كالصباغ اذا صبغ الثوب

لونا اخر غير ما وقع عليه العقد انه لا يستحق الاجر وذا لا يدل على ان المعقود
عليه ليس هو المنفعة كذا هنا ومن مشايخنا من قال ان المعقود عليه
هناك العين وهو اللبن مقصودا والخدمة تبع لان المقصود تربية الصبي
ولا تربي الا باللبن فاجري اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه
وعلى هذا يخرج استيجار الاقطع والاشل للخياطة بنفسه وللقصار
والكتابة وكل عمل لا يقوم الا بالبدن واستيجار الاخرس لتعليم الشعر
والادب والاعمى لنقط المصحف انه غير جايز لان الاجارة بيع المنفعة
والمنفعة لا تحدث عادة الا عند سلامة الالات والاسباب وكذا استيجار
الارض السبخة والنزة للزراعة وهي لا تصلح لها الان منفعة الزراعة
لا تتصور حدوثا منها عادة فلا تقع الاجارة بيع المنفعة فلم يجز
وعلى هذا يخرج استيجار المصحف انه لا يجوز لان منفعة المصحف
النظر فيه وقراءة القرآن منه والنظر في مصحف الغير وقراءة القرآن
منه مباح والاجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالاعيان
المباحة من الحطب والحشيش وكذا استيجار كتب ليقرأ فيها شرا او
فقها لان منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفاتر الغير مباح من غير
اجرة كما لو استاجر رجلا حايطة خارج داره ليقعد فيه ولو استاجر شيئا
من الكتب ليقرأ فقرا لا اجر عليه لانعدام عقد المعاوضة وعلى هذا
ايضا يخرج اجارة الاجام للسمك والقصب واجارة المراعي للكلام
وسايرالاعيان المباحة انها غير جايزة لما قلنا والله اعلم **فصل**
واما شرايط الركن فانواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ
وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم اما شرط الانعقاد فنقول
انواع نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى نفس العقد ونوع يرجع
الى مكان العقد اما الذي يرجع الى العاقد فالعقد وهو ان يكون العاقد
عاقلا حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل كما لا
ينعقد البيع منهما واما البلوغ فليس من شرايط الانعقاد ولا من شرايط

النفاذ

النفاذ عندنا حتى ان الصبي العاقل لو اجر ماله او نفسه فان كان
ماذونا ينفذ وان كان محجورا يقف على اجازة المولي عندنا خلافا للشافعي
وهي من مسايل الماذون ولو اجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل
استحق الاجر ويكون الاجر له اما استحقاق الاجر فلان عدم النفاذ كان
نظرا له والنظر بعد الفراغ من العمل سليما من النفاذ فيستحق الاجرة
ولا يجد رسعيد فيتضرر به وكان الولي اذنا له بذلك دلالة بمنزلة قبول
الهبة من الغير واما كون الاجرة للسماة له فلانها بدل منافع هي حقه
وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا
فينفذ عقد المملوك اذا كان ماذونا له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة
من الغير واما كون الاجرة المسماة له فلانها بدل منافع هي حقه وكذا
حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ
عقد المملوك اذا كان ماذونا ويقف على اجازة مولاه ان كان محجورا وعند
الشافعي لا يقف بل يبطل واذا سلم من العمل في اجارة نفسه او اجر مال
المولي وجب الاجر المسمى لما ذكرنا في الصبي لان الاجر هاهنا يكون
للمولي لان العبد ملك المولي والاجر كسبه وكسب المملوك للمالك ولو
هلك الصبي او العبد في يد المستاجر في المدة ضمن لانه صار غاصبا
حيث استعملهما من غير اذن الولي والمولي ولا يجب الاجر لان الاجر مع
الضمان لا يجتمعان ولو قتل العبد او الصبي خطا فعلى عاقلته الدية
او القيمة وعليه الاجر في ماله لان ايجاب الاجر هاهنا لا يودي
الى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب ان يواجر ويستاجر
لانه في مكاسبه كالحر واما كون العاقد طايعا حرا عاقدا فليس بشرط
لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرايط الصحة كما في بيع
العين واسلامه ليس بشرط اصلا فتجوز الاجارة والاستيجار من المسلم
والذمي والحربي للمستامن لان هذا من عقود المعاوضة فيملكه المسلم
والكافر جميعا كالبياعات غير ان الذمي اذا استاجر دارا من مسلم في المصر

فاراد ان يتخذها معبدا للعامة ويضرب فيها بالناقوس ليس له ذلك
ولرب الدار وعامة المسلمين ان يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من
احداث شعائرهم وان تعاون بالمسلمين واستخفاف بهم كما يمنع من
احداث ذلك في دار نفسه في امصار المسلمين ولهذا يمنعون من احداث
الكنايس في امصار المسلمين قال النبي صلى الله عليه وسلم لا خصاء
في الاسلام ولا كنيسة اي لا يجوز اخصاء الانسان ولا احداث الكنيسة
في دار الاسلام في الامصار ولا يمنع من ان يصلي فيها بنفسه من
غير جماعة لانه ليس فيه ما ذكرنا من المعنى الا ترى انه لو فعل ذلك
في دار نفسه لا يمنع وان كانت الدار بالسواد ذكر في الاصل انه
لا يمنع من شئ من ذلك قيل ان ابا حنيفة انما اجاز ذلك في زمانه
لكن اكثر اهل السواد في زمانه كانوا اهل الذمة فكان لا يودي
ذلك الى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين فاما اليوم فقد اعلا الله
تعالى فقد صار السواد كالمصر فكان للحكم فيه كالحكم في المصر
وهذا اذا لم يشرط ذلك في العقد فاما اذا شرط بان استاجر ذمي
من ذمي ليعمل ذلك لما قلنا ولا باس باستيجار ظئر كافرة والتي ولدت
من فجور لان اللبن و البخور لا يؤثران في اللبن لان لبنهما لا يضر بالصبي
ويكره استيجار الحمقا لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقا فان
اللبن يفسد والظاهر ان المراد منه غير الام لان الولادة ابلغ من
الوضاع سمي وعلل بالافساد لان حمقهما لمرض عداء عادة ولبن
المريض يضر بالصبي ويحتمل ان النهي عن ذلك ليلا ينفرد الصبي
معادة الحمقا لان الصبي ينفرد بعادة طبيعة والله اعلم واما الذي
يرجع الى نفس العقد ومكانه فمنها ما ذكرنا في كتاب البيوع ومنها
شرايط النفاذ فانواع منها خلوها عن الردة وان كان ذكرا
في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على ان تصرفا
المرتد موقوفة عند ابي حنيفة وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة

في قولهم

في قولهم جميعا وهي من مسايل كتاب السير ومنها الملك والولاية
فلا ينفذ اجارة الفضولي لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا
على اجازة المالك عندنا خلافا للشافعي والمسئلة ذكرناها في كتاب
البيوع ثم الاجارة انما تلحقها الاجازة الموقوفة بشرايط ذكرناها
في البيوع منها قيام المعقود عليه وعلى هذا خرج ما اذا اجر الفضولي
فاجاز المالك العقد انه ان اجاز قبل استيفاء المنفعة لم تجز اجازته
وكانت الاجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات الا ترى انه لو عقد عليه
ابتداء امره جاز فاذا كان محلا لانشاء العقد عليه كان محلا للاجازة
اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وان اجاز بعد استيفاء المنفعة
لم تجز اجازته وكانت الاجرة للعاقد لان المنافع المعقود عليها قد
انقدمت الا ترى انما خرجت عن احتمال انشاء العقد عليها فلا تلحقها
الاجازة وقد قالوا فيمن غصب عبدا فاجره سنة للخدمة وفي رجل اخر
غصب غلاما او دارا فاقام رجل البينة انه له فقال المالك اجزت ما اجرت
ان مدة الاجارة اذا كانت قد انقضت فالاجر للغاصب لما ذكرنا ان المعقود
عليه قد انعدم والاجازة لا تلحق المعدوم وان كان في بعض المدة فالاجر
الماضي والباقي لرب الغلام في قول ابي يوسف وقال محمد اجر ما مضى
للغاصب واجر ما بقي للمالك فابو يوسف نظر الى المدة فقال اذا بقي
بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلا للاجازة ومحمد نظر الى المعقود
عليه فقال كل جزء من اجزاء المنفعة معقود عليه لحيالة كانه عقد عليه
عقدا مبتدا فالمنافع في الزمان الماضي انعدمت فلا تقبل شرط لحوق
الاجازة العقد فلا تلحقه الاجازة وقد خرج الجواب عن ما ذكره ابو
يوسف وقد قال محمد فيمن غصب ارضا فاجرها للزراعة فاجاز صاحب الدار الاجارة ان اجرة ما مضى للغاصب واجرة ما بقي
للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال فان اعطاها مزارعة فاجازها
صاحب الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل فالمسمى كله للغاصب

من الزرع لان للزارعة بمنزلة شيء واحد لا يفرد احدهما من الاخر
فكان اجارة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد واما اذا سلم
الزرع فقد انقضى عمل الزرع فلا يلحق العقد الاجارة واما الاستيجار
من الفصولي فموقوف ايضا فان اضاف العقد الى نفسه كان المستاجر
له لان العقد وجد نفاذا على العاقد فتنفذ عليه وان اضاف العقد الى
من استاجره ينظران وقعت الاضافة اليه في الايجاب والقبول جميعا
يتوقف على اجازته وان وقعت الاضافة اليه في احدهما دون الاخر
لا يتوقف بل يتنفذ على العاقد لما ذكرنا في البيوع بخلاف الوكيل بالاستيجار
انه يقع استيجاره للموكل وان اضاف العقد الى نفسه والفرق
على نحو ما ذكرنا في كتاب البيوع وعلى هذا يخرج اجارة الوكيل
انها نافذة لوجود الولاية بانابة المالك اياه مناب نفسه كما لو فعله
الموكل بنفسه وله ان يواجر من مكاتبه لانه للمولى ان يواجر منه
لانه لا يملك ما في يده فكذا الوكيل واما العبد المأذون فان لم يكن
عليه دين فلا يملك ان يواجر منه لان المولى لا يجوز له ذلك لان كسبه
ملكه فكذا للوكيل وان كان عليه دين فله ذلك اما عند ابي حنيفة فلان
المولى لا يملك ما في يده فكان بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله ان يواجر منه
واما على قولهما فكسبه وان كان ملك المولى لكن تعلق به حق الغير
فجعل المالك كالاجنبي ولا يجوز له ان يواجر من ابيه وابنه وكل من لا
تقبل شهادته له في قول ابي حنيفة وعندهما تجوز باجر مثله كما في
بيع العين وهي من مسايل كتاب الوكالة وله ان يواجر باجر مثل الدار وبأقل
عند ابي حنيفة وعندهما ليس له ان يواجر بالاقل وهو على الاختلاف
في البيع ولو اجر اجارة فاسدة نفذت لان مطلق العقد تناول الصحيح
والفاسد كما في البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصر مخالفا وعلى المستاجر
اجر المثل اذا انتفع لانه استوفى المنافع بعقد فاسد ولو لم يواجر
الوكيل الدار لكنه وهبها من رجل او اعارها اياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها

فلا

فلا اجر له على الوكيل ولا على الساكن لان المنافع على اصل اصحابنا لا تضمن
الا بالعقد الصحيح او الفاسد ولم يوجد هاهنا وكذلك الاجارة
من الاب والوصي والقاضي وامينه نافذة لوجود الاناب من
الشرع وللاب ان يواجر ابنه الصغير في عمل من الاعمال لان ولايته
على الصبي كولايته على نفسه لان شفقته عليه كشفقته على نفسه
وله ان يواجر نفسه لان شفقته وله ان يواجر نفسه فكذا ابنه ولان
نفسها نظر للصغير من وجهين احدهما ان المنافع في الاصل ليست
بمال خصوصا منافع الحر بالاجارة تصير مالا وجعل ما ليس بمال
مالا من باب النظر والثاني ان ايجاره في الصنايع من باب التهذيب
والتاديب والرياضة وفيه نظر للصبي فيملكه الاب وكذا وصي الاب
لانه موصي الاب والجد ابو الاب لقيامه مقام الاب عند عدمه ووصيه
لانه موصيه والقاضي لانه يصيب ناظرا وامينه لانه موصيه ولا تجوز
اجارة غير الاب ووصيه والجد ووصيه من سائر ذوي الرحم المحرم
اذا كان له احد ممن ذكرنا لان من سواهم لا ولاية له على الصغير لا
نرى انه لا يملك التصرف في ماله فبنفسه اولى الا اذا كان في حجره
فتجوز اجارته اياه في قولهم لانه اذا كان في حجره كان له عليه ضرب
من الولاية لانه يربيه ويؤدبه واستعماله في الصنايع نوع من
التاديب فيملكه من حيث انه تاديب فان كان في حجر ذي رحم
محرم منه فاجره ذو رحم محرم اخر هو اقرب اليه من الذي هو في
حجره بان كان الصبي في حجر عمه وله ام فاجرته وقال ابو يوسف
تجوز اجارة امه اياه وقال محمد لا تجوز لان هؤلاء لا ولاية لهم على الصبي
اصلا ومقصودا وانما يملكون الاجارة ضمنا لولاية التربية وانما ثبتت
لمن كان في حجره فاذا لم يكن في حجره كان كالاجانب ولابي يوسف ان ذا
الرحم انما يلي عليه هذا النوع بسبب الرحم فمن كان اقرب اليه
من الرحم كان اولى كالاب مع الجد والذي في حجره ان يقبض الاجرة

لان قبض الاجرة من حقوق العقد وهو العاقد فكان له ولاية القبض
له وليس له ان ينفقها عليه لان الاجرة ماله والانفاق عليه من
ماله تصرف في ماله وليس له ولاية التصرف في المال وكذا اذا وهب
له هبة فله ان يقبضها وليس له ان ينفقها لان قبض الهبة منفعة
محضة للصغير الا ترى ان الصغير يملك قبضها بنفسه فاما الانفاق
فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف في ماله ولو بلغ
الصبي في هذا كله قبل انقضاء مدة الاجارة فله الخيار ان شاء امضى
الاجارة وان شاء فسخ لان في استيفاء العقد اضرارا به لانه يجد
البلوغ تلحقه الانفة من خدمة الناس ولهذا اشار ابو حنيفة
رحمه الله فقال رايت لو لفقه قولي القضاء اكنسه اتركه يخدم الناس
وقد اجره ابوه هذا قبيح ولان المنافع تحدث شيئا فشيئا والعقد ينعقد
على حسب حدوث المنافع فاذا بلغ صغيرا كانه الاب عقد على
ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداء فكان له خيار الفسخ والاجارة
كما اذا عقد ابتداء بعد البلوغ وكذا الاب والجد ووصيهما او القاضي
ووصيه في اجارة عبد الصغير وعقاره لان لهم ولاية التصرف
في ماله بالبيع كذا بالاجارة ولو بلغ قبل انقضاء المدة فلا خيار له
بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب البيوع
وليس للاب ومن يملك اجارة مال الصغير وقفسه ان يؤاجر نفسه
وماله باقل من اجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة ولو فعل
لا ينعقد لانه ضرر في حقه وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر و
ليس لغير هؤلاء ممن هو في حجره ان يؤاجر عبده او داره لان ذلك
تصرف في المال فلا يملكه الا من يملك التصرف في المال كبيع المال وقال
بن سماعة عن محمد استحسن ان يؤاجروا عبده لانهم يملكون اجارة
نفسه فاجارة ماله اولى وكذلك استحسن ان ينفقوا عليه ما لابد
منه لان في تاخيره الضرر عليه وكذلك احد الوصيين يملك ان يؤاجر

اليتيم في قول ابي حنيفة ولا يؤاجر عبده وقال محمد يؤاجر عبده
والصحيح قول ابي حنيفة لان كل واحد من الوصيين التصرف
فيما يخاف الضرر بتاخيره وفي ترك اجارة الصبي ضرر به بترك
تاديبه ولا ضرر في ترك اجارة عبده ولا تجوز اجارة الوصي لنفسه
للصبي وهذا على اصل محمد لا يشكل لان الوصي لا يملك بيع ماله من
الصبي اصلا فلا يملك اجارة لنفسه منه واما على اصل ابي حنيفة
فيحتاج الى الفرق بين البيع وبين الاجارة ووجه الفرق انه
انما يملك بيع ماله منه اذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير
في اجارة نفسه منه لان فيها حمل ما ليس بمال مالا فلم تجز
وللوصي ان يعمل في مال الصبي مضاربة والفرق بين الاجارة
والمضاربة ان الوصي بعقد المضاربة لا يوجب حقا في مال المضاربة
وانما يوجب حقه في الربح والربح قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة
بخلاف الاجارة لانها توجب حقا في مال الصبي لا محالة وهو متهم فيه
لما بينا واما استيجار الصغير لنفسه فينبغي ان يجوز على قول ابي حنيفة
اذا كان ما جره لا يتغابن في مثلها لانه يملك بيع ماله من نفسه اذا كان
فيه نظر له وفي استيجاره اياه لنفسه نظر له لما فيه من حمل ما ليس
بمال مالا ويجوز للاب ان يؤاجر للصغير او يستاجر الصغير لنفسه
لان بيع مال الاب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا ينعقد بشرط النظر
بدليل انه لو باع ماله منه بمثل قيمته او اشترى مال الصغير لنفسه
بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة ومنها تسليم المستاجر في اجارة
المنازل ونحوها اذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل بان لم يشترط
تعجيل الاجرة في العقد ولم يوجد التعجيل ايضا من غير شرط عندنا
خلافا للشافعي بنا على ان الحكم في الاجارة المطلقة لا تثبت بنفس العقد
عندنا لان العقد في حق الحكم ينعقد على حسب حدوث المنفعة فكان
العقد في حق الحكم مضافا الى حين حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند

ذلك وعنده يجعل شاغل المدة موجودة للحال تقديرا كما مر
قائمة فيثبت للحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا اصل يذكره
بيان حكم الاجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم ان شاء الله تعالى
وتنتهي بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في اجارة
المنازل ونحوها وعبيد الخدمة واجير الوحد حتى لو انقضت المدة
من غير تسليم للمستاجر على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيأ من
الاجر لان المستاجر لم يملك من المعقود عليه شيأ ولا يملك هو ايضا شيأ
من الاجر لانه معاوضة مطلقة ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم فللاجر
بقسطه لعدم التسليم فيه ولو اجر المنزل فارغا فسلم المفتاح
الى المستاجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة يلزمه كل الاجر لوجود
التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة فتحدث
المنافع على ملك المستاجر وهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الاجر
كالمبيع اذا سلم المبيع الى المشتري بالتخلية فهلك في يد البائع
كان الهلاك على المشتري لانه هلك على ملكه كذا هذا وان لم يسلم
المفتاح اليه لكنه اذن له بفتح الباب فقال هو وافتح الباب فان
كان يقدر على فتح الباب بالمعالجة لزمه الكرا لوجود التسليم وان لم
يقدر لا يلزمه لان التسليم لم يوجد ولو استاجره ان يسكنها شهرا
او عبدا يستخدمه شهرا او دابة ليركبها الى الكوفة فسكن واستخدم
في بعض الوقت وركب بعض المسافة ثم حدث بها مانع يمنع من
الانتفاع من خوف او مرض او اباق او غصب او كان زرعا فانقطع
شربه او رحا فانقطع ماؤه لا يلزمه اجره تلك المدة لان المعقود عليه
التمكن في تلك المدة وانما حدث شيأ فشيأ فلا تصير منافع المدة
مسلمة بتسليم محل المنفعة لانها معدومة والمعدوم لا يحتمل التسليم
وانما تسليمها على حسب حدوثها شيأ فشيأ فاذا اعترض مانع تعذر
تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البدل كما لو تعذر تسليم

المبيع قبل القبض بالهلاك والله اعلم وشرطه ان يكون العقد مطلقا عن
شرط الخيار فان كان فيه خيار لا تنعقد في مدة الخيار لان الخيار يمنع انعقاد
العقد في حق الحكم ما دام الخيار قائما لحاجة من له الخيار الى دفع الغبن عن
نفسه لما في بيع الغبن وهذا لان شرط الخيار وان كان شرطا مخالفا لمقتضى
العقد والقياس يأباه لما مر لكن تركنا اعتبار القياس لحاجة الناس و
لهذا جاز في بيع الغبن كذا في الاجارة والله الموفق واما شرط الصحة
فلصحة هذا العقد شرائط بعضها يرجع الى العاقد وبعضها يرجع الى
المعقود عليه وبعضها يرجع الى محل المعقود عليه وبعضها يرجع الى ما يتناول
المعقود عليه وهو الاجرة وبعضها يرجع الى نفس العقد اعني ركنه اما الذي
يرجع الى العاقد فرضا المتعاقدين لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاجارة تجارة
لان التجارة تبادل المال بالمال والاجارة كذلك ولهذا يملكها المأذون
وانه لا يملك ما ليس بتجارة فثبت ان الاجارة تجارة فدخلت تحت النص
وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه
فلا يصح مع الكره والهزل والخطا لان هذه العوارض تنافي الرضا فيمنع
صحة الاجارة ولهذا منعت صحة البيع واما اسلام العاقد فليس بشرط
فيصح من المسلم والكافر والحربي المستامن كما يصح البيع منهم
وكذا الحرية فيصح من المملوك المأذون وتنفذ من المحجور تنعقد ويتوقف
على ما بينا والله الموفق واما الذي يرجع الى المعقود عليه فنحو ان
يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة
فان كان مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة تمنع صحة العقد
والا فلا لان الجهالة المفضية الى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل
المقصود من العقد فكان العقد عبثا تجاوزه عن العاقد لعبده واذا لم
تكن مفضية الى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود ثم العلم
بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان اشياء منها بيان محل المنفعة حتى

لو قال اجرتك احدى هاتين الدارين او احد هذين العبدين او قال
استاجرت هذين العبدين الصانعين لم يصح لان المعقود عليه مجهول
لجهالة محله جهالة مفضية الى المنازعة فيمنع صحة العقد وعلى هذا
قال ابو حنيفة رحمه الله اذا باع نصيبا له من دار غيره سمي ولا يعرفه
المشتري انه لا يجوز لجهالة النصيب وقال ابو يوسف ومحمد يجوز
اذا علم به بعد ذلك وان كان عرفه المشتري وقت العقد او عرفه في المجلس
جاز سواء كان البايع يعرفه او لا يعرفه بعد ان صدق المشتري فيما قال
وجواب ابي حنيفة مبني على اصلين احدهما ان بيع النصيب لا يجوز
عنده وهو قول محمد وقال ابو يوسف يجوز ان اجازه المشاع غير جايز
وانما فرق محمد بين الاجارة وان كان المستاجر معلوما من نصف او ثلث
او غير ذلك فالمجهول اولى وعندهما اجارة المشاع جايزة وانما فرق محمد
بين الاجارة والبيع حيث جوز اجارة النصيب لان الاجرة لا تجب بنفس
العقد على اصل اصحابنا وانما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة
والنصيب عند الاستيفاء معلوم بخلاف البيع فان البدل فيه يجب بنفس
العقد وعند العقد النصيب مجهول وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة
ما اذا استاجر من عقار ما يثقبه ذراعا او استاجر من ارض جريبا او جزيبين
انه لا يجوز كما لا يجوز البيع لان اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي
يحله الذراع من البقعة المعينة وذلك للحال مجهول وكذا اجارة المشاع
لا تجوز عنده وان كان معلوما لجهالة اولى وعندهما الذراع كالسهم
وتجوز اجارة السهم كذا اجارة الذراع وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الذراع
وعلى هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك عند ابي حنيفة انما لا تجوز
لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله اذ الشايع اسم لجزء من الجملة
غير عين من الثلث والربع ونحوهما وانه غير معلوم فاشبه اجارة عبد
من عبدين وعندهما جايزة كبيع الشايع ويداخذ الشافعي ويخرج المسئلة
على اصل اخر هو اولى بالتخريج عليه ويذكر الدلايل هناك ان شاء الله تعالى

ولو

ولو استاجر طريقا من دار ليمر فيها وقتا معلوما لم يجز في قياس قول
ابي حنيفة لان المنفعة المستاجرة غير متميزة من بقية الدار فكان اجارة
المشاع فلا تجوز عنده وعندهما تجوز ولو استاجر لهم ربيت ليبيت عليه
شهرا ولم يضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الاصل
ذكر في بعضها انه لا يجوز وفي بعضها انه يجوز وهو الصحيح لان المعقود
عليه معلوم وذكر في الاصل اذا استاجر علو منزل ليبني عليه
لا يجوز في قياس قول ابي حنيفة لان البناء عليه يختلف في الخفة
والثقل والثقيل منه يضر بالعلو والضرر لا يدخل في العقد
لان الاجير لا يرضى به فكان مستثنى من العقد دلالة ولا ضابط
له فكان محل المعقود عليه مجهولا بخلاف ما اذا استاجر ارضا ليبني
عليها انه يجوز لان الارض لا تتاثر لثقل البناء وخفته ولا تجوز في
قياس قول ابي حنيفة لان البناء المذكور ينصرف الى المعتاد والجواب
ما ذكرنا انه ليس لذلك حد معلوم وعلى هذا اذا استاجر شربا من
نهر او سيل ماء في ارض انه لا يجوز لانه قدر ما يستعمل الماء من النهر والارض
غير معلوم ولو استاجر نهرا ليسوق منه الماء الى ارضه لم يستقيما لم يجز
وذكر في الارض اذا استاجر نهرا يابسا يجري فيه الماء الى ارضه او
رحاله لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقال
ارايت لو استاجر نهرا يابسا لما المطر على سطح المواجر لم يكن فاسدا
وذكر هشام عن محمد فيمن استاجر موضعا معلوما من ارض موقتا بوقت
معلوم ليسيل فيه ماء انه لا يجوز فصار عن محمد روايتان وجه هذه
الرواية ان المانع جهالة البقعة وقد زالت لجهالة بالتعيين وجه
الرواية المشهورة وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ان مقدار ما يسيل
من الماء في النهر والسيل مختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر منه
مستثنى من العقد دلالة وغير المضر غير مضبوط فصار محل المعقود عليه

مجهولا ولو استاجر ميزابا ليركبه في داره كل شهر بشيء مسمى جاز لان الميزاب
المركب في داره لا يختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقلته فكان محل المعقود
عليه معلوما ولو استاجر بالوعة ليصب فيها وهو لا يجز لان مقدار ما
يصب فيها من الماء مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته فكان محل المعقود
عليه مجهولا وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر حايطا ليضع عليه جذوعا او
يبني عليه سترة او يضع فيه ميزابا انه لا يجوز لان وضع الجذوع وبناء
السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة والتثقيل منه يضر بالحايط والضرر
مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك مقدر معلوم فيصير محل المعقود
عليه مجهولا ولذلك لو استاجر من الحايط موضع كوة ليدخل عليه الضوء جاز
من الحايط موضع كوة ليتد فيه وتدا لم يجز لما قلنا فان قيل اليس انه لو استاجر
دابة ليركبها جاز وان كان المعقود عليه مجهولا لجهالة محله قلنا الجواب
ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لحاجة الناس الى سقوط اعتبارها
لان المسافر لو استاجر دابة ليركبها فربما تموت الدابة في الطريق فتتعطل
الاجارة مرتين ولا يمكنه المطالبة بدابة اخرى فيبقى في الطريق لا يدري
حوله فيتضرر به فدعت الضرورة الى الجواز واسقاط هذه الجهالة
لحاجة الناس فلا تكون هذه الجهالة مفضية الى المنازعة بخلاف مدة
وقدر الماء الذي يستحق في الحمام وقال هشام سالت محمدا عن الاطلاء بالنورة
بان قال اطلي بدانق ولا يعلم بما يطليه من غلظه ولحافته قال هو جائز
لان مقدار البدن معلوم بالعاده والتفاوت فيه يسير لا يفضي الى المنازعة
ولان الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتباره وكذلك الجهالة
يتعامل ومنها بيان المدة في اجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت
وفي استيجار الظهر لان المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه فتنازعه
يفضي الى المنازعة وسواء قصرت المدة كاليوم من يوم او شهرا او سنة او اكثر
من ذلك بعد ان كانت معلومة وهو الظاهر اقوال الشافعي وفي بعضها انه لا يجوز

اكثر

اكثر من ثلاثين سنة والقولان لا معنى لهما لان المانع ان كان هو الجهالة فلا
جهالة وان كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو الى ذلك وسواء عين
اليوم او الشهر او السنة او لم يعين ويتعين الزمان الذي يعقب العقد
لثبوت حكمه وقال الشافعي لا يصح العقد ما لم يعين الزمان الذي
يلي العقد نصا وجه قوله ان قوله يوما او شهرا او سنة مجهول لانه
اسم لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس
في نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الاوقات دون بعض فبقي مجهولا
فلا بد من التعيين ولنا ان التعيين قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد
وجدها هنا دلالة التعيين من وجهين احدهما ان الانسان انما يعقد
عقد الاجارة للحاجة والحاجة بعقب العقد قائمة والثاني ان العاقل
يقصد بتصرفه الصحة والصحة لهذا العقد الا بالصرف الى الشهر الذي
يعقب العقد فيتعين بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا او اعتكف
شهرا ان له ان يصوم ويعتكف اي شهر شاء ولا يتعين الشهر الذي يلي
النذر لان تعيين الوقت ليس بشرط لصحة النذر فوجب المنذور في
اي وقت شاء قلنا ان يعين اي شهر شاء ولو اجر داره شهرا او شهورا
معلومة فان وقع العقد في غرة الشهر يقع على الاهلة بلا خلاف حتى لو
نقص الشهر يوما كان عليه كمال الاجرة لان الشهر اسم للهلال وان وقع
بعد ما مضى بعض الشهر ففي اجارة الشهر يقع على ثلاثين يوما بالاجماع
لتعذر اعتبار الاهلة فيعتبر بالايام واما في اجارة الشهور ففيها روايتان
عن ابي حنيفة في رواية اعتبر الشهور كلها بالايام وفي رواية اعتبر
تكميل هذا الشهر بالايام من الشهر الاخير والباقي بالاهلة وهكذا ذكر في
الاصل فقال اذا استاجر سنة او لمدة هذا اليوم وهذا اليوم لاربعة عشر من الشهر
فانه يسكن بقية هذا الشهر واحد عشر بالاهلة وستة عشر يوما من
الشهر الاخير وهذا غلط وقع من الكاتب والصحيح ان يقال واربعة عشر يوما
لان سنة عشر يوما قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالايام لاربعة عشر يوما وهكذا

ذكر في بقية النسخ وانما يسكن سنة عشر يوما اذا كان سكن اربعة عشر يوما
وهو قول ابي يوسف ومحمد ووجهه ما ذكرنا في كتاب الطلاق ان اسم
الشهور للاهلة اذ الشهر اسم للهلال لغة الا انه لا يمكن اعتبار الاهلة
في الشهر الاول فاعتبر فيه الايام ويمكن فيما بعده فيعمل بالاهلة وان كل
جزء من اجزاء المنفعة مستردة عليه لانه يتجدد ويحدث شيئا فشيئا فصير
عند تمام الشهر الاول كانه عقد الاجارة اشهرا فيعتبر بالاهلة بخلاف العدة
انه يعتبر فيها الايام على احدى الروايتين لان كل جزء من اجزاء العدة ليس
بعدة ولان العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياطا
والاجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط وجه الرواية الاخرى ان الشهر
الاول يكمل بالايام من الشهر الثاني واذا كمل بالايام من الشهر الثاني
يصير اول الشهر الثاني بالايام فيكمل بالشهر الثالث هكذا الى اخر الشهور
ولو قال اجرتك هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع ولان
المدة معلومة والاجر معلوم فيجوز ولا يملك احدهما الفسخ قبل تمام السنة
من غير عذر ولو لم يذكر السنة فقال اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم
جاز في شهر واحد عند ابي حنيفة وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع
العين ان قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم انه لا يصح الا
في قفيز واحد عنده لان جملة الشهور مجهولة فما الشهر الاول فمعلوم
وهو الذي يعقب العقد وذكر القدوري ان الصحيح من قول ابي يوسف
ومحمد انه لا يجوز ايضا وفرقا بين الاجارة وبين العين من حيث ان كل
شهر لا عناية له فلا يكون المعقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن
معرفة الجملة بالكيل وعامة مشايخنا قالوا لا يجوز هذه على قولهما كل شهر
بدرهم كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وفي بيع المذروع كل ذراع بدرهم
وعند ابي حنيفة لا يجوز البيع في المذروع في الكل لا في ذراع واحد ولا في الباقي
وفي المكيل والموزون يجوز في واحد ولا يجوز في الباقي في الحال الا اذا علم
المشتري جملته في المجلس لان بيع قفيز من صبرة جائز لان جهالته لا تفضي

الى

الى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز فما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز
التفاوت في اجزاء الثوب فيفضي الى المنازعة وقال الشافعي في هذه الاجارة
فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الاثواب بدرهم وهذا الاعتبار
غير سديد لان الثياب تختلف في انفسها اختلافا فاحشا ولا يمكن تعيين
واحد منها لاختلافها فاما الشهور فانما لا تختلف فيتعين واحد منها
للاجارة عند ابي حنيفة فلكل واحد منهما ان يترك الاجارة عند تمام
الشهر الاول فاذا دخل الشهر الثاني ولم يترك احدهما انعقدت الاجارة
في الشهر الثاني لانه اذا مضى الشهر الاول ولم يترك احدهما فقد تراضيا
على انعقاد العقد في الشهر الثاني فصار كانهما جددا العقد وكذا هذا
عند مضي كل شهر بخلاف ما اذا اجر شهرا وسكت ولم يقل كل شهر لان
هناك لم يسبق منه شيء يبنى عليه العقد في الشهر الثاني ثم اختلف مشايخنا
في وقت الفسخ وكيفيته قال بعضهم اذا اهل الهلال فقول احدهما على الفور
تنفسخ الاجارة فاذا قال ذلك لا تنعقد في الشهر الثاني وان سكتا عنه انعقد
وقال بعضهم ينفسخ احدهما الاجارة في الحال فاذا اجاز اول الشهر عمل
ذلك الفسخ السابق وقال بعضهم ينفسخ احدهما ليلة الهلال او يوما
وان سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة في
الشهر الثاني لانه رفع العقد الموجود من الاصل ولو استاجر ولو اكثره
ليستقي غنمه ولم يذكر المدة لم يجز لان قدر الزمان الذي يستقي فيه الغنم
غير معلوم فكان قدر المعقود عليه مجهولا وان بين المدة جاز لانه صار معلوم
ببيان المدة والله اعلم واما بيان ما يستاجر له في هذا النوع من الاجارة
اعني اجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتى لو استاجر شيئا من
ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز وله ان يسكن فيه بنفسه ومع غيره وله
ان يسكن فيه غيره بالاجارة والاعارة وله ان يضع فيه متاعا او غيره
غير انه لا يجعل فيه حدادا ولا قصارا ولا لحانا ولا ما يضر بالبناء ويوهنه
وانما كان كذلك لان الاجارة شرعت للانتفاع والدور والمنازل والبيوت

وغيرها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعد للسكنى غير متفاوتة
لان الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا
المنفعة لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا التقدير
لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم الا تفاوتا يسيرا وانه ملحق بالعدم
ووضع المتاع من توابع السكنى ذكر في الاصل ان له ان يربط في الدار دابته
ويخبزه وشاته لان ذلك من توابع السكنى وقيل ان هذا الجواب على عادة
اهل الكوفة والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان في موضع جرت العادة
بذلك حاز له ذلك واذا لا فلا ولكن ان يتقدم فيه من يضرب بالدبا وليو
من القصار والحداد والطحان لان ذلك اتلاف العين ولم يدخل تحت
العقد اذ الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولان مطلق العقد ينصرف
الى المعتاد والظاهر ان الحانوت الذي يكون في صف البزازين لا يواجر
لعمل الحداده والقصارة والطحن فلا ينصرف المطلق اليه اذ المطلق محمول
على العادة فلا يدخل غير في العقد الا بالتسمية وبالرضا حتى لو اجر
حانوتا في صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحداده فيه من غير تسمية
للعاده وانما كان له ان يواجر من غيره ويغير لانه ملك المنفعة فكان له
ان يملكه من غيره بعوض وبغير عوض واما في اجارة الارض فلا بد فيها
من بيان ما يستاجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فان لم يبين
كانت الاجارة فاسده الا اذا جعل له ان ينتفع بها ما شاء وكذا استاجرها
للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها او يجعل له ان يزرع فيها ما شاء
والا فلا يجوز العقد لان منافع الارض تختلف باختلاف البناء والغرس
والزراعة وكذا المزروع تختلف منه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها
فكان المعقود عليه مجهولا لجهالة مفضية الى المنازعة فلا بد من البيان
بخلاف السكنى فانها لا تختلف واما في اجارة الدواب فلا بد فيها من
بيان احد شيئين المده او المكان فان لم يبين احدهما فسدت لان ترك البيان
يفضي الى المنازعة وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر دابة ليشيع عليها رجلا او

تيلقاه

تيلقاه لان الاجارة فاسدة الا ان يسمي موضعا معلوما كما قلنا وكذا
اذا استاجرها الى الجبانة لان الجبانة تختلف اولها واوسطها
واخرها لانها موضع واسع تتباعد اطرافها وجوانبها بخلاف ما اذا
استاجرها الى الكوفة انه يصح العقد وان كان اطرافها وجوانبها
متباعده لان المكان هناك معلوم بالعاده وهو منزلة الذي بالكوفة
لان الانسان اذا استاجر الى بلد فانما يستاجر الى بيته الذي فيه
ما جرت العادة من المكاري بطرح الحمولات على اول حد من البلد
فصار منزله بالكوفة مذكورا دلالة فكان كالمذكور نصا ولا عادة
في الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه حتى لو كان
في الجبانة موضع لا يركب اليه يصح العقد وينصرف اليه كما يصح
الى الكوفة ولو تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجة لم يجز بالحمل
ببين المكان لان الحوائج تختلف منها ما يقتضي الركوب الى موضع
قريب ومنها ما لا يقتضي الا بعد مسافة بعيدة فكانت المنافع مجهولة
تفسد الاجارة وذكر في الاصل اذا تكاري دابة من الفرات الى حمص
وحمص قبيلتان بالكوفة ولم يسم احداهما او في الكناسة وفي كناسان
ولم يسم احديهما او الى حبلة وبها حبلتان الظاهرة والباطنة ولم
يسم احداهما ان الاجارة فاسدة لان المكان مجهول ولا بد فيهما من بيان
ما يستاجر له من الحمل والركوب لانهما منفعتان مختلفتان ولا بد بيان
ذلك لانه من بيان ما يحمل عليهما ومن يركبهما لان الحمل يتفاوت بتفاوت
المحمول والناس متفاوتون في الركوب فترك البيان يفضي الى المنازعة
وذكر في الاصل اذا استاجر بعيرين من الكوفة الى مكة ليحمل الى احدهما
محملا فيه رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثار وقدر الرجلين ولم ير
الوطاء والدثار واحدهما راكبا يحمل عليه كذا كذا مختوما من السريق والدقيق
وما يصلحهما من الادب والخل والعدالق ولم يبين ذلك واشترط ما يكتفى به
من الماء ولم يبين ذلك فهذا الماء كله في القياس ولكن قال ابو حنيفة استحسن

ذلك وجد القياس ان الشرط حملا مجهولا لان قدر الكسوة والدثار مختلف
باختلاف الناس فصارت المنافع مجهولة وجه الاستحسان ان الناس
يفعلون ذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان
ذلك اسقاطا لهاشهم اعتبار هذه الجهالة فلا تفضي الى المنازعة وان
اشترط المستاجر ان يحمل عليه من هديا مكة من صالح ما يحمل الناس
فهو جايز لان قدر الهدايا تعلم بالعادة وهذا مما يتعاطاه الناس في
سايرالاعصار من غير نكير وان بين وزن المحامل ووصف ذلك
والهدايا احب الينا والكل يحمل قريبا من ما واداوتين من اعظم
ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعاده وذكره افضل وكذا
الخيمة والقبة وذكره افضل لما قلنا وفي استيجار العبد للخدمة
والثوب للبس والقدر للطبخ لابد من بيان المدة لما قلنا والقياس
ان يشترط بيان نوع الخدمة في استيجار العبد للخدمة لان الخدمة تختلف
فكانت مجهولة وفي الاستحسان لا يشترط وينصرف الى المتعارف
وليس له ان يسافر به ولابد من بيان ما يلبس ما ويطبخ في القدر
لان اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ
فلابد من البيان ليصير المعقود عليه معلوما فان اختصما حين وقعت
الاجارة في هذه الاشيا قبل ان تزرع او تبني او تغرس او قبل
ان يحمل على الدابة او يركبها او قبل ان يلبس الثوب او يطبخ في القدر
قال القاضي تنسخ الاجارة لان العقد وقع فاسدا ورفع الفساد واجب
حقا للشرع فان زرع الارض وحمل على الدابة ولبس الثوب وطبخ في القدر
فمضت المدة فله ما سمي استحسانا والقياس ان يكون له اجر المثل
لا المسمى وجه الاستحسان ان الفساد جهالة للمعقود عليه والمعقود
عليه قد تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ فزالت الجهالة فتقد
استوفى المعقود عليه في عقد صحيح يجب كمال المسمى كما لو كان معينا
في الابتداء ولو فسخ القاضي الاجارة ثم زرع او حمل او غير ذلك لا يجب شيء

لان

لان القاضي لما نقض العقد بطل العقد فصار مستهلكا مال الغير من
غير عقد فصار غاصبا والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد صحيح او
فاسد ولم يوجد وسمعنا بيان العمل في استيجار الصناع والعمال لان
جهالة العمل في الاستيجار على الاعمال جهالة مفضية الى المنازعة
فتفسد العقد حتى لو استاجر حمالا ولم يسم له العمل من القصارة
والخياطة والرعي وغير ذلك لم يجز العقد وكذا بيان المعمول في الاجير
المشترك اما بالاشارة والتعيين او ببيان الجنس والنوع والقدر
والصفة في ثوب القصار والخياط وبيان الجنس والقدر في اجارة
الدعي من الخيل او الابل او البقر او الغنم وعددها لان العمل يختلف
باختلاف المعمول وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر حمارا ليحمل له بيرا
فلا بد من بيان مكان الحفر وعمق البير وعرضها لان عمل الحفر يختلف
باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الرخاوة والصلابة يتفاوت
الى البيا ما ليصير المعقود عليه معلوما وهل يشترط فيه بيان المدة اما
في استيجار الراعي المشترك فيشترط لان قدر المعقود عليه لا يصير معلوما
بدونه واما في استيجار القصار والمشترط والخياط المشترك فلا يشترط
حتى لو دفع الى خياط او قصار ثوبا معلوما ليخيطها او ليقصرها
جاز من غير بيان المدة لان المقصود عليه يصير معلوما بدونه واما في الاجير
الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته وانما
يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة في استيجار الظير شرط جوازه بمنزلة
استيجار العبد للخدمة لان المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز في
الظير وما لم يجز فيه لم يجز فيهما الا ان ابا حنيفة استحسن في الظيران
يستاجر بطعامهما وكسوتهما لما لم يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ولو
استاجر انسانا ليبيع له ويشتري ولم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر
منفعة البيع والشرا ولو بين المدة بان استاجره شهرا ليبيع له ويشتري
جاز لان قدر المنفعة صار معلوما ببيان المدة وما روي عن بعض الصحابة

جير

انه قال كنا نبيع في اسواق المدينة ونسمي انفسنا السماسرة فخرج علينا
رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا باحسن الاسماء فقال يا معاشر التجار
ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة والسمسار
هو الذي يبيع او يشتري لغيره بالاجرة فهو محمول على ما اذا كانت المدة
معلومة وكذا اذا قال بع لي هذا الثوب ولك درهم وبين المدة واذا لم
يبين فباع واشتري فله اجر مثل عمله لانه استوفى منفعته بعقد
فاسد قال الفضلي ابن عاصم سمعت ابا يوسف يقول لا باس ان يستاجر
القاصي رجلا مشاهرة على ان يضرب الحدود بين يديه واذا كان غير مشاهرة
فالاجارة فاسدة لانه اذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوما
ببيان الوقت ويستحق الاجرة فيهما بتسليم النفس عمل او لم يعمل واذا
لم يذكر الوقت يبقى المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التي سماها
غير معلوم وكذا محل الاقامة مجهول وذكر محمد في السير الكبير اذا استاجر
الامام رجلا ليقتل المرتدين والاسارى لم يجز عند اصحابنا وان استاجره
لقطع اليد جاز ولا فرق بينهما عندي والاجارة فيهما جائزة هكذا ذكر
محمد رحمه الله واراد بقوله اصحابنا ابا حنيفة وابا يوسف وعلى هذا
الخلاف اذا استاجر رجل رجلا لاستيفاء القصاص في النفس وجه قوله
ان استاجره لعمل معلوم وهو القتل ومحله معلوم وهو العنق اذ الارباع
له الحل ولهذا يجوز كما لو استاجره لقطع اليد او لذبح الشاة ولهما ان
محله من العنق غير معلوم بخلاف القطع فان محله من اليد معلوم وهو
المفصل وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك وقال ابن رستم عن محمد
في رجل قال لرجل اقتل هذا الذيب او هذا الاسد ولك درهم وهما صيد
ليسا للمستاجر فقتله قال له اجر مثله لا احاوز به درهما لان الاسد و
الذيب اذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلهما الى المعالجة فكان للعمل مجهولا وانما
وجب عليه اجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ويكون الصيد للمستاجر
لان قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الاجير يقع للمستاجر فصار كانه قتله

بنفسه

بنفسه وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل استاجرتك لتخيط هذا الثوب
او لتقصر هذا الثوب اليوم او لتخبز قفيز دقيق او قال استاجرتك هذا
اليوم لتخيط هذا الثوب او لتقصر او لتخبز قدم اليوم او اخر ان الاجارة
فاسدة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد جائزة وعلى هذا الخلاف
اذا استاجر الدابة الى الكوفة اياما مسماة فالاجارة فاسدة عنده وعندهما
جائزة وجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لانه هو المقصود والعمل معلوم
فاما ذكر المدة فهو للتعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع
جواز العقد واذا وقعت الاجارة على العمل فاذا فرغ منه قبل تمام اليوم
فله كمال الاجر وان لم يفرغ منه اليوم فعليه ان يعمل في الغد كما اذا دفع
الى خياط ثوبا ليقطعه قميصا على ان يفرغ منه في يومه هذا او الكتري
من رجل ابلا الى مكة على ان يدخله الى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير
مثلا ولم يزد على هذا او الكتري من رجل ابلا الى مكة على ان يدخله الى عشرين
ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلا ولم يزد على هذا او الكتري من رجل ابلا
الى مكة على ان يدخله الى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلا ولم
يزد على هذا ان الاجارة جائزة ثم ان وفا بالشرط اخذ المسمى وان لم
يف به فله اجر مثله لا يزاد على ما شرطه ولابي حنيفة ان المعقود عليه
مجهول لانه ذكر امرين كل واحد منهما يجوز ان يكون معقودا عليه
اعني العمل والمدة اما العمل فظاهر وكذا ذكر المدة بدليل انه لو استاجر
يوما للخياطة من غير بيان قدر ما يخيط جاز وكان للخياط ان يخيط باعتبار انه
جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما
فيكون كل واحد منهما معقودا عليه لان حكمهما مختلف لان العقد على
المدة يقتضي وجوب الاجر من غير عمل لانه يكون اجيرا خاصا والعقد
على العمل يقتضي وجوب الاجر بالعمل لانه يصير اجيرا مشتركا فكان
المعقود عليه احدهما وليس احدهما باولى من الاخر فكان مجهولا و
جهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسئلة لان قوله

على الذي نزع منه في يومي هذا ليس جعل الوقت معقودا عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل انه لو لم يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق اجر المثل ولو قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة دراهم او هذه الاخرى بعشرة دراهم او قال هذا القول في حانوتين او عبدين او مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا او الى ملة بكذا فذلك جائز عندنا خلافا للثلاثة استحسانا وعند زفر والشافعي لا يجوز قياسا وعلى هذا اذا اجره بين ثلاثة اشياء وان ذكر اربعة لم يجز وعلى هذا انواع الخياطة والصبغ انه اذا ذكر ثلاثة جاز عندنا ولا يجوز ما زاد عليها كما في بيع العين وجه القياس انه يضاف العقد الى احد المذكورين وهو مجهول فلا يصح ولهذا لا يصح اذا اضيف الى احد الاشياء الاربعة ولنا انه خيره بين عقدين معلومين في محلين متقومين ببدلين معلومين كما لو قال ان رددت الابق من موضع كذا فلك كذا فنبذهم والمسافة سواء اما قولهما ان العقد اضيف الى احد المذكورين غير عين فنعم لكن فوض خيار التعيين الى المستأجر وشر هذه الجهالة لا يفضي الى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة ولهذا جاز البيع فالاجارة اولى لانها اوسع من البيع الا ترى انها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا جوزوا هذه الاجارة من غير شرط الخيار ولم يجوز البيع الا بشرط الخيار ولذلك اذا دفع الى خياط ثوبا فقال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان او قال لصباغ ان صبغت هذا الثوب بمصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك لانه خيره بين انواع منفعتين معلومتين فلا جهالة ولان الاجر على اصل اصحابنا لا يجب الا بالعمل وحين ما اخذ في احد العملين تعين ذلك الاخر وهذا قول اصحابنا الثلاثة فاما عند زفر فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه مجهول والجواب ما ذكرنا ولو قال اجرتك هذه الدار شهر على انك ان قمرت حدادا عشرة وان نجت فيها الخز فخمسة فالاجارة جائزة في قول ابي حنيفة الاخير وقال ابو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وجه

قولهما

قولهما ان الاجر لا يجب الا بالتسليم وانما يجب بالتسليم وهو التخلية وحالة التخلية لا يدري ما يسكن فكان البدل عنده مجهولا بخلاف الزوزني والفارسي لان البدن هناك يجب بابتداء العمل ولا بد وان يبتدي باحد العملين وعند ذلك يتعين ذلك ويصير معلوما عند وجوده ولابي حنيفة انه خيره بين منفعتين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية وهذا لان السكنى وعمل الحدادة يختلفان والعقد على كل واحد منهما صحيح على الانفراد فكذا على الجمع وقولهم ان الاجر هنا يجب بالتسليم من غير عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهرا وغالبا لان التمكن من الانتفاع هو الغالب فلا يجب الاحتراز عنه على ان عند التخلية وهو التمكن من الانتفاع يجب اقل الضررين لان الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم توجد زيادة الضرر واقل الاخرين معلوم فلا يودي الى الجهالة وهذا جواب امام الهدى الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله وعلى هذا الخلاف كل ما كان اجرة يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما وعند ابي حنيفة العقد جائز وايهما استوفى وجب اجر ذلك كما سمي وان اسكنه الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة تعليه اقل المسميين لما قلنا ان الزيادة انما تجب باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية الا اقل الاجرين وعلى هذا الخلاف اذا استأجر دابة الى الحيرة على ان حمل عليها شعيرا فبنصف درهم وان حمل عليها حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة الاخر وعلى قولهما لا يجوز وكذلك ان استأجر دابة الى الحيرة بدرهم او الى الفارسية بدرهمين فهو جائز عنده وعلى قولهما ينبغي ان لا يجوز لما ذكرنا ولو استأجر دابة من بغداد الى القصر بخمسة او الى الكوفة بعشرة قال محمد ان كانت المسافة الى القصر النصف من الطريق الى الكوفة فالاجارة جائزة وان كانت اقل او اكثر مما فسد وعلى اصلهما لان المسافة اذا كانت النصف فحال ما يسيره يصير البدل

معلوما لانه ان سار الي القصر او الي الكوفة فالاجرة الي القصر او الي الكوفة
فالاجرة الي القصر خمسة فاما اذا كانت المسافة الي القصر اقل من النصف
او اكثر فالاجرة حال ما يسير مجهولة لانه ان سار الي القصر فالاجرة
خمسة وان سار الي الكوفة فالاجرة الي القصر حصة من المسافة وجهالة
الاجرة عند وجود سبب وجوبها يفسد العقد عندهما فاما على قول ابي
حنيفة فالعقد جايز لانه سمي منفعتين معلومتين لكل واحد منهما
بدل معلوم ولو اعطاه خياطا ثوبا فقال ان خطته اليوم فلك درهم
وان خطته غدا فلك نصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول صحيح
والشرط الثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله
درهم فله اجر مثله على ما ذكر في تفسيره وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان
جايزان وقال زفر الشرطان باطلان وبه اخذ الشافعي
فيتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الاول لانهما خالفا اصحابنا الثلاثة
فيه والوجه لهما ان المعقود عليه مجهول ولهذا اذا سمي في اليوم الاول
عملا معلوما وفساد الشرط الثاني لا يؤثر في الشرط الاول كمن عقد اجارة
صحيحة واجارة فاسدة واما اليوم الثاني فوجه قول ابي يوسف ومحمد
على ما ذكرنا في اليوم الاول ولابي حنيفة انه اجتمع في اليوم الثاني بدليل
انه لو لم يجز بذكر لليوم الثاني بدلا اخر وعمل في اليوم الثاني يستحق المسمى
في اليوم الاول فلو لم يجعل المذكور من البدل في اليوم الاول مشروطا في الثاني
لما استحق المسمى واذا اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار كانه قال في اليوم
الثاني فلك درهم او نصف درهم فصار الاخر مجهولا فيوجب فساد
العقد فاذا خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص
من نصف درهم هكذا ذكر في الاصل في الجامع الصغير وذكر محمد
في الاملاء وهو احدى روايتي بن سماعة في نوادره عن ابي يوسف
واحدى روايتي بن سماعة في نوادره عن محمد وروي بن سماعة في
نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في رواية اخرى ان له في اليوم الثاني

اجر

اجر مثله لا يزاد على نصف درهم وذكر القدوري ان هذه الرواية الصحيحة
ووجهها ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى
في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم انما الدرهم سمي في اليوم الاخر وذلك
عقد اخر فلا يعتبر به وجه رواية الاصل انه اجتمع في الغد تسميتان لان
التسمية الاولى عند مجيء الغد قائمة لما ذكرنا ان لمن عمل عملا تستحق الاولى لمنع
للزيادة والثانية لمنع النقصان فان خاطه نصفه في اليوم الاول ونصفه
في الغد فله نصف المسمى لاجل خياطته في اليوم الاول ونصفه في الغد فله
نصف المسمى واجر المثل لاجل خياطته في الغد لا يزاد على درهم ولا ينقص
عن نصف درهم فان خاطه في اليوم الثالث فقد روى بن سماعة عن محمد
عن ابي حنيفة انه له اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لان صاحب الثوب
لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من النصف فتاخيره الى يوم الثالث
اولى وان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك
ذكر محمد في املائه انه ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في
اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على درهم لان استحقاقه في اليوم الثاني
عقد لا تسمية فيه فيجب اجر المثل ولو قال ان خطته انت فاجرك
درهم وان خاطه تلميذك فاجرك نصف درهم فخاطه الرجل
والفارسية سواء ولو استاجر دابة شهرا بعشرة دراهم على انه ان سلمها
يوما ثم حزج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول
وهو سكنى شهر اليوم والله اعلم ومنها ان لا يكون معدوما او لا مستوفاة حقيقة
وشرعا لان العقد لا يقع وسيلة الى المعقود به دونه فلا يجوز استيجار
الاتان لانه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة لكونه مجوز التسليم
حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز اجارة المغصوب من غير الغاصب
كما لا يجوز بيعه من غيره لما قلنا وعلى هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك
انها غير جايزة عند ابي حنيفة وزفر وقالا ابو يوسف ومحمد والشافعي
انها جايزة وجه قولهم ان الاجارة احد نوعي البيع فيعتبر بالنوع الاخر وهو بيع

العين وانه جايز في المشاع كذا هذا فلو امتنع انما يمتنع لتعذر استيفاء منفعته
بسبب الشياع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهاياة ولهذا جاز بيعه وكذا تجوز من
الشريك ومن الشركاء في صفقة واحدة فكذا من الاجنبي والدليل عليه ان الشيوع
الطاري لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطاري في باب الاجارة بمنزلة المقارن
لان المعقود عليه المنفعة وانما تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء يحدث معقودا
عليه مبتدا ولابي حنيفة ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء لان استيفاء يدا
بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور التسليم بنفسه لانه سهم غير معين
وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتصور تسليمه بتسليم
الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا اما قولهما انه يمكن
استيفاء منفعة المشاع بالتهايؤ فنقول لا يمكن في الوجه الذي يقتضيه
العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة لان التهايؤ يوجب الزمان انتفاع كل
لكل في نصف المدة وذلك ليس بمقتضى العقد والتهايؤ هو امكان انتفاع
بريع المستاجر في كل المدة لان نصف هذا النصف له بالملك ونصفه على
طريق البدل مما في يد صاحبه وانه ليس بمقتضى العقد ايضا فاذا لا يمكن
تسليم المعقود عليه على الوجه الذي يقتضيه العقد اصلا ورأسا فلا يكون
المعقود عليه مقدورا الاستيفاء حقيقة وشرعا ولان تجويز هذا العقد
بالمهاياة يؤدي الى الدور لانه لا مهاياة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك
الا بعد وجود العقد ولا عقد الا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم
فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون البيع
مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والجحش والارض
المسجد جايز وان لم يكن منتفعا ولهذا يدخل الشرب والطريق في الا
جارة من غير تسمية ولا يدخلان في البيع الا بالتسمية لان كون المستاجر
منتفعا به بنفسه شرط صحة الاجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب
والطريق بخلاف البيع واما الاجارة من الشريك فعن ابي حنيفة فيه
روايتان ولئن سلمنا على الرواية المشهورة فلان المعقود عليه هناك مقدور

الاستيفا

الاستيفا بدون المهاياة لان منفعة كل الدار تحدث على ملك المستاجر لكن
بسببين مختلفين بعضها بسبب الملك وبعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع
الطاري فيه روايتان عن ابي حنيفة في رواية يفسد الاجارة كالمقارن وفي
رواية لا تفسد وهي الرواية المشهورة عنه ووجهها ان عدم الشيوع عند
شرط هذا العقد فليس كل ما يشترط لابتداء العقد يشترط لبقايه كالخلو
عن العدة فان العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء كذا هذا وسواء كانت
الدار كلها لرجل فاجر نصفها من رجل او كانت بين اثنين فاجر
احدهما نصيبه من رجل كذا ذكر الكرخي في جامعه نصا عن ابي حنيفة
ان الاجارة لا تجوز في الوجهين جميعا وذكر ابو الطاهر الدباس ان
اجارة المشاع انما لا تجوز عند ابي حنيفة اذا اجر الرجل بعض ملكه
فاما اذا اجر لاحد الشريكين نصيبه فالعقد جايز بلا خلاف لان في
الصورة الاولى تمنع المهاياة بين المستاجر وبين الموجر فتكون الدار
في يد المستاجر مدة وفي يد الموجر مدة ولا يجوز ان يستحق الموجر الاجر
مع كون الدار في يده والمهاياة في الصورة الثانية انما تقع بين المستاجر
وبين غير المواجر وهذا لا يمنع استحقاق الاجر لجواز ان تكون الدار في
يد غير المستاجر واجر تما عليه كما لو اعارها ثم اجرها والصحيح ما ذكره الكرخي
لان ما ذكرنا من المانع يعم الوجهين وسواء كانت المستاجر محتملا للقسمة
اولا لان المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف الهبة فان المانع
ثمة خص المحتمل للقسمة وهو ما ذكرناه في كتاب الهبة ولو اجر مشاعا يحتمل
القسمة فقسم وسلم جاز لان المانع قد زال كما لو باع الجذع في السقف ثم نزع
وسلم وكما لو وهب شاعا يحتمل القسمة ثم قسم وسلم فان اختصما قبل
القسمة فابطل الحاكم الاجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم يجز العقد لان العقد
انفسخ من الاصل بابطال الحاكم فلا يحتمل الجواز الا باستيناف وتجوز اجارة
الاثنين من واحد لان المنافع تدخل في يد المستاجر جملة واحدة من غير شيوع
ويستوفيها من غير مهاياة ولو مات احد المواجرين حتى انتقضت الاجارة

في حصته الحي وان صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع المطاري لما ذكرنا
وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع
عند القبض وكذا تجوز اجارة الواحد من اثنين لان المنافع تخرج من ملك الاجر
جملة واحدة من غير شياع ثم يثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما في
المنفعة وانه يوجب قسمة المنافع بالتهايؤ فينعدم به الشيوع ولو مات
احد المستاجرين حتى انفسخت الاجارة في حصته بقيت في حصة الحي
كما كانت ويجوز رهن الواحد من اثنين ايضا لان الرهن شرع وثيقة بالدين
فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين الا ترى انه اذا قضى
الراهن دين احدهما لم يكن له ان يأخذ بعض الرهن واما هبة الواحد من
اثنين فانما لا تجوز عند ابي حنيفة لان الملك في باب الهبة يقع بالقبض
والشيوع ثابت عند القبض والقبض فيمنع من وقوع الملك على
ما ذكرنا في كتاب الهبة وان استاجر ارضا فيها زرع للاجر او شجرا او
قصب او كروم او ما يمنع من الزراعة لم يجز لانها مشغولة بمال المؤاجر فلا
يتحقق تسليمه فلا يكون المعقود عليه مقدورا الاستيفاء وكذا الواستاجر
ارضا فيها رطبة فالاجارة فاسدة لانه لا يمكن تسليمها الا بضرر وهو
قلع الرطبة ولا يجبر على الاضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدار الاستيفاء
شرعا فلم يجز كما لو اشترى جذعا في سقف فان قلع رب الارض الرطبة
فقال للمستاجر اقبض الارض فقبضها فهو جائز لان المنافع قد زال فصار
كشراء الجذع في السقف اذا انزعه البايع وسلمه الى المشتري فان اختصما
قبل ذلك فابطل الحاكم الاجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد لان العقد
قد بطل بابطال الحاكم فلا يحتمل العود فان مضى من مدة الاجارة يوم او
يومان قبل ان يختصما ثم قلع الرطبة فالمستاجر بالخيار ان شاء المؤاجر
في بعض المدة ان المستاجر لا يكون له خيار الترك ووجه الفرق ان المقصود
من اجارة الارض الزراعة والزراعة لا تتمكن في جميع الاوقات بل في بعض
الاوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتاخير فالمدة المذكورة فيها

يتفق

يتفق بعضها على بعض ويكون الكل كمدة واحدة واذا مضى بعضها فقد تعذر
عليه صفة العقد لاختلاف المقصود فكان الخيار بخلاف اجارة الدار لان
المقصود منها السكنى وسكنى كل يوم لا تتعلق له بيوم اخر فلا يتفق بعض
المدة فيها على بعض فلا يوجب خللا في المقصود من الباقي فلا تثبت الخيار
ولو اشترى اطراف الرطبة ثم استاجر الارض لتبقية ذلك لم تجز الاجارة
لان اصل الرطبة ملك المؤاجر فكانت الارض مشغولة بملك المؤاجر فاشبه
بقعة مشغولة بمال المؤاجر لا يصح لان كونها مشغولة بمال يمنع التسليم
فيمنع استيفاء المعقود عليه كاستيجار ارض فيها زرع المؤاجر ولو استاجر
الرطبة باصلها ليقلعها ثم استاجر الارض مدة معلومة ليبقيها لان الارض
ها هنا مشغولة بمال المستاجر وذا لا يمنع الاجارة كما لو استاجر ما هو في يده
وكذلك اذا اشترى شجرة فيها ثمرة بثمر فتاعلى ان يقلعها ثم استاجر
الارض فبقاها فيها جاز لما قلنا قال محمد رحمه الله وان استاجر الارض
في ذلك كله فهو جائز لان المالك بالاعارة اباح الانتفاع بملكه فيجوز وعلى
هذا ايضا يخرج ما ذكرنا من استيجار الفحل للانزال او استيجار الكلب المعلم
والباز المعلم للاصطياد انه لا يجوز لان المنفعة المطلوبة منه غير مقدور الا
اذ لا يمكن اجبار الفحل على الضراب والانزال ولا اجبار الكلب والباز على الصيد
فلم تكن المنفعة التي هي معقود عليها مقدورا الاستيفاء في حق المستاجر
فلم يجز وعلى هذا ايضا يخرج استيجار الانسان للبيع والشراء انه لا يجوز لان
البيع والشراء لا يتم بواحد بل بالبايع والمشتري ولا يقدر الاجير على اتيانهما
المنفعة بنفسه فلا يقدر المستاجر على الاستيفاء فصار كما لو استاجر رجلا
ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها بنفسه ولو ضرب لذلك مدة
بان استاجره شهرا ليبيع له وليشتري جاز لما مر وعلى هذا يخرج الاستيجار
على تعليم القرآن والصنايع انه لا يجوز لان الاجير لا يقدر على اتيانها بنفسه
فلا يقدر المستاجر على الاستيفاء وان شئت اوردت بجنس هذه
المسايل شرطا فقلت ومنها ان يكون العمل المستاجر له مقدورا الاستيفاء

من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه الى غيره وخرجت المسايل عليه والاول اقرب الى
الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج الاستيجار على المعاصي انه لا يصح لانه استيجار
على منفعة غير مقدور الاستيفاء شرعا كاستيجار الانسان للعب واللهو و
كاستيجار المغنية والنائحة للغناء والنوح بخلاف الاستيجار ولكتابة الغناء
والنوح انه جايز لان الممنوع عنه نفس الغناء والنوح لا كتابتهما وكذا لو استاجر
رجلا ليقتل له رجلا او ليشجه او ليضربه ظلما وكذا كل اجارة وقعت لظلمه
لانه استيجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدورا الاستيفاء شرعا
فان كان ذلك بحق بان استاجر انسانا فالقطع عضو جاز لانه مقدور الا
استيفاء لان محله معلوم فيمكنه ان يضع السكين عليه فيقطعه وان استاجر
لقصاص في النفس لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز عند محمد
هو يقول استيفاء القصاص بطريق مشروع هو جز الرقبة والرقبة معلومة
فكان المعقود عليه مقدورا لاستيفاء واشبه الاستيجار لذبح الشاة وقطع
اليد وهما يقولان ان القطع يضرب الفتق ورما فيؤدي الى غيره وان اصاب
كان مشروعا وان عدل كان محظورا لانه يكون مثلة واعتاء غير مشروعة
بخلاف الاستيجار على تسقيف الخشب لانه وان كان يقع ذلك على سبيل
التجافي فكله مباح وها هنا بخلافه فلم يكن هذا النوع من المنفعة
مقدورا الاستيفاء وليس كذلك القطع والذبح لان القطع يقع بوضع السكين
على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وامراره عليه وكذلك الذبح فهو الفرق
ولو استاجر ذمي من ذمي لما قلنا ولو استاجر الذمي دارا من مسلم واراد ان
يصلي فيها بغير جماعة او يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم
ولو استاجر ذمي مسلما ليخدمه ذكر في الاصل انه يجوز واكره للمسلم
خدمة الذمي اما الكراهة فلان استخدام استذلال فكان اجارة المسلم نفسه
منه الا لا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا لخدمة الكافر
واما الجواز فلانه عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال ابو حنيفة اكره ان
يستاجر الرجل امراة حرة ليستخدمها ويخلو اعيا وكذلك الامة وهو قول

ابي

ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما الخلوة فلان الخلوة بالمراة الاجنبية معصية
واما الاستخدام فلانه لا يؤمن معه الاطلاع عليهما والوقوع في المعصية و
يجوز الاستيجار لنقل الميتات والجيف والنجاسات فيه رفع اذيتهما عن
الناس فلو لم يجز لتضرر بها الناس وقال بن رستم عن محمد انه قال لا باس
باجرة الكناس ارايت لو استاجره ليخرج حمارا ميتا اما يجوز ذلك ويجوز
الاستيجار على نقل الميت الكافر الى المقبرة لانه جيفة فيدفع اذيتهما عن
الناس كسايرالنجاسات واما الاستيجار من ينقله من بلد الى بلد فقد
قال محمد ابتلينا بمسيلمة ميت مات من المشركين فاستاجر واله من يحمله
الى موضع فيدفن عليه الموضع الذي مات فيه اراد بذلك اذا استاجر
له من ينقله من بلد الى بلد فقال ابو ابو يوسف لا اجر له وقلت انا ان
كان للحمال الذي حمله يعلم انه جيفة فلا اجر له وان لم يعلم فله
الاجر وجه قوله ان الاجير اذا علم انه جيفة فقد نقل ما لا يجوز
نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فله الاجر وجه قوله ان الاجير اذا علم
انه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم
فقد غروه بالتسمية والغرور يوجب الضمان ولابي يوسف ان الاصل
ان لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص في نقلها للضرورة وهي ضرورة في النقل
دفع اذيتها ولا ضرورة في النقل من بلد الى بلد فبقي على اصل الحرمة كنقل
الميتة من بلد الى بلد ومن استاجر حمارا لا يحمل له الخمر فله الاجر في قول
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا اجر له كذا ذكر في الاصل وذكر في
الجامع الصغير انه يطيب له الاجر في قول ابي حنيفة وعندهما يكره
لهما ان هذه اجارة على المعصية لان حمل الخمر معصية لكونه اعانة وقد
قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولهذا لعن الله في الخمر عشرة
منهم حاملها والمحمول اليه ولابي حنيفة ان نفس الحمل ليس بمعصية بدليل
ان حملها للاراقة والتخليل مباح وكذا الليس بسبب للمعصية وهو الشرب
لان ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكان

سببا محضا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديد محمول على الحمل بنية
الشرب وبه نقول لان ذلك معصية وكيده اكل اجرته فلا تجوز اجارة الاما
للزنا لا على اجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم
على البغاء ان اردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي وهو اجر الزانية على الزنا وتجوز الاجارة
للحجامة واخذ الاجر عليها لان الحجامة امر مباح وما ورد من النهي عن كسب
الحجام فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل والدليل عليه ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لما قال ذلك اتاه رجل من الانصار فقال ان لي حجاما وناضحا
فاعلف ناضحي من كسبه قال نعم وروي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام
دينارا ولا يجوز استيجار الرجل اباه ليخدمه لانه مامور بتعظيم ابيه وفي
الاستخدام استخفاف به فكان حراما فكان هذا استيجارا على المعصية وسواء
كان الاب حرا او عبدا استاجره ابنه من مولاه ليخدمه لانه لا يجوز استخدام
الاب حرا كان او عبدا وسواء كان الاب مسلما او ذميا لان تعظيم الاب واجب
واذا اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا واذا ثبت
اورد في جلس هذه المسايل شرطا وخرجتها عليه فقلت ومنها ان تكون
المنفعة مباحة الاستيفاء فان كان محظورا الاستيفاء لم تجز الاجارة لكن
في هذا شبهة الدخول في الشروط والصناعة تمنع من ذلك وعلى هذا يخرج
ما اذا استاجر رجلا على الحمل في شي هو فيه شريكه نحو ما اذا كان بين اثنين
طعام فاستاجر احدهما صاحبه على ان يحمل نصيبه الى مكان معلوم والطعام
غير مقسوم فحمل الطعام كله او استاجر غلام صاحبه او دابته صاحبه او
دابته على ذلك انه لا تجوز هذه الاجارة عندنا صحيحا تبا واذا حمل لا اجر له وعند
الشافعي هذه الاجارة جايزة واذا حمله الاجر وجه قوله ان الاجير بايع
نصف منفعة الحمل الشايع من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فتصح في
الشايع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف في محلا مشتركا
وهو لا يستحق الاجرة بالعمل في نصيب نفسه يستحقها بالعمل في نصيب

شريكه ولذا انه اجر ما لا يقدر على ايفايه لتعذر تسليم الشايع بنفسه فلم
يكن المعقود عليه مقدورا الاستيفاء وانما لا يجب الاجر اصلا لانه لا يتمكن
استيفاء المعقود عليه ولم يوجد الا ما يوجب خلاف ما اذا استاجر من
رجل بيتا ليضع فيه طعاما مشتركا بينهما او سفينة او جوالقا ان
الاجارة جايزة لان التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع بدليل انه لو
سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وها هنا
لا يتحقق بدون العمل وهو العمل والشاع غير مقدور العمل بنفسه
وذكر ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين لاحدهما سفينة واراد
ان يخرجا الطعام من عندهما الى بلد اخر فاستاجر احدهما نصف الرجا
الذي لشريكه او استاجر انصاف حوالقه ليحمل عليه الطعام الى مكة فهو
جايز وعلى هذا قول من يجيز اجارة المشاع والاصل ان كل موضع لا يستحق
فيه الاجرة الا بالعمل لا تجوز الاجارة فيه على العمل في محل مشترك وما يستحق
فيه الاجرة من غير عمل تجوز الاجارة فيه بوضع العين المشتركة في المشا
وقد مر هذا الاصل ما ذكرنا ان ما لا يجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد مما
يمكن ايفاء العمل ولا يمكن في العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه
مقدور التسليم فلا يكون مقدورا الاستيفاء فلم تجز الاجارة وما لا تفوت
وجوب الاجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء
بدونه فتجوز الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر رجلا على ان يحمل له
طعاما بعينه الى مكان معلوم فغيره او استاجر غلامه او دابته على
ذلك انه لا يصح لانه لو صح لبطل من حيث صح لان الاجير يصير شريكا
بأول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه وذا
لا يجوز الا بيانا واذا حمله لا اجر مثله لانه استوفى المشاع بعقد فاسد
فيجب اجر المثل ولا يجاوز به غيره لان الواجب في الاجارات الفاسدة
الاقل من المسمى ومن اجر المثل لما يذكر في بيان حكم الاجارة الفاسدة
ان شاء الله تعالى ومنها ان لا يكون العمل المستاجر له فرضا ولا واجبا

على الاجير قبل الاجارة فان كان فرضا او واجبا قبل الاجارة فان كان فرضا لم
تصح الاجارة لان من اتى بعمل مستحق عليه لا يستحق الاجرة لكن قضى دينا
عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب والطاعات افضال من
الله تعالى غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه
لان خدمة المولى على العبد مستحقة ونحن شكر النعم السابقة لان شكر
النعمة واجب عقلا وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق
قبله الاجرة كمن قضى دينا عليه في الشاهد وعلى هذا يخرج الاستيجار
على الصوم والصلاة والحج انه لا يصح لانها من فروض الاعيان ولا يصح
الاستيجار على تعليم العلم لانه فرض عين ولا على تعليم القرآن عندنا
وقال الشافعي الاجارة على تعليم القرآن جايزة لانه استيجار لعمل معلوم
ببدل معلوم فيجوز ولنا انه استيجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستيجار
للصوم والصلاة ولانه غير مقدور الانتهاء في حق الاخير لتعلقه بالمتعلم
فاشبه الاستيجار لحمل خشبة لا يقدر على حملها لنفسه وقد روي ان
ابي بن كعب رضي الله عنه اقرا رجلا فاعطاه قوسا فسال النبي صلى الله
عليه وسلم عن ذلك فقال احب ان يقوسك الله تعالى بقوس من نار
قال لا فقال عليه السلام فرده ولان على المعلم ان يعلم لانه فرض عين عند عموم النفير
وفرض كفاية في غير تلك الحالة واذا شهد الوقع فيتعين عليه فيقع على
عن نفسه وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل من يقرا
من امتي ويا خذ للعمل عليه كمثل ام موسى ترضع ولدها وتا خذ عليه اجرا
ولان على الاذان والاقامة لانها واجبة وقد روي عن عثمان بن ابي العاص
الثقفي انه قال اخر ما عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اصلي
بالقوم صلاة اضعفهم وان اتخذ موذنا لا ياخذ على الاذان اجرا ولا
على الاستيجار على الاذان والاقامة والامامة وتعليم العلم والقرآن
سبب لتثقيل الناس عن الصلاة الجماعة وعن تعلم العلم والقرآن
لانثقل الاجر بينهم عن ذلك والى هذا اشار الرب جل جلاله وعلا

في قوله

في قوله امر تسالهم اجرا فهم من مغرم مثقلون فيودي الى الرغبة عن
هذه الطاعات وهذا لا يجوز وقال الخالي وما تسالهم عليه من اجراي
على ما يبلغ اليهم اجرا وهو كان يبلغ بنفسه وبغيره بقوله الا فليبلغ
الشاهد الغايب فكان كل معلم مبلغا فاذا لم يجز له اخذ الاجر على ما
يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بامره لان ذلك تبليغ منه معنى ويجوز
الاستيجار على تعليم اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب وكذا
الاستيجار على غسل الميت ذكره في الفتاوى لانه واجب ويجوز الاستيجار
على حفر القبور واما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى انه جايز على
الاطلاق وفي بعضها انه ان كان يوجد غيرهم يجوز واذا لا يوجد
غيرهم لا يجوز كان احمد عليهم واجر على هذا يخرج
ما اذا استاجر الرجل ابنه وهو حر بالغ ليخدمه انه
لا يجوز لان خدمة الابن للاب واجب على الابن الحر فان كان
للولد عبد لو خدم الاب حر فاستاجر ابنه من مولاه جاز لانه
اذا كان عبد الولد يجب عليه خدمة الاب وكذلك ان كان الابن
مكاتبا لان لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالاجنبي كالاجنبي ولو
استاجر امراته لتخدمه كل شهر بكذا جاز لان خدمة
البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روي ان رسول
صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة فجعل ما كان
داخل البيت على فاطمة وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنهما فكان
هذا استيجارا على عمل واجب فلم يجز ولانه لا ينتفع بخدمة البيت والا
استيجار على عمل ينتفع به الاجير غير جايز ولا يجوز استيجار الزوجة على
رضاع ولده منها لان ذلك استيجار على خدمة الولد وانما اللبن يدخل في
تبعا على ما ذكرنا فكان استيجارا على امر عليها فيما بينها وبين الله تعالى
ولان الزوجة مستحقة النفقة على زوجها واجرة الرضاع تجري مجرى
النفقة فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال واستاجر

لارضاع ولدها منه من مال الولد جاز كذا روي بن رستم عن محمد لانه
لانفقة لها على الولد فلا يكون فيه استحقاق نفقتك ولو استاجر لولده
من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن حضانته جاز لانه ليس عليهن خدمة
البيت ولا نفقة لهن على اب الولد ويجوز استيجار الزوجة لارضاع ولده من
غيرها لانه ليس عليها خدمة ولد غيرها ولو استاجر على رضاع واد خادم
امه فخادمها بمنزلتها فاجاز فيها جاز فيخادمها وما لم يجز فيها لم يجز في
خادمها لانها هي المستحقة لنفقة خادمها فصار لنفقتها وكذا مدبرتها
لانها تملك منافعها فان استاجر كاشتها جاز لانها لا تملك منافع الكاشة فكانت
كالاجنبية ولو استاجرت المراة زوجها ليخدمها في البيت باجر مسمى
فهو جايز لان خدمة البيت غير واجبة على الزوج فكان هذا استيجارا
على امر غير واجب على الاجير وكذلك لو استاجرته لرعي غنمها لان رعي الغنم
لا يجب على الزوج وان شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت ومنها ان لا ينتفع
الاجير بعمله فان كان ينتفع به لم يجز لانه حينيذ يكون عاملا لنفسه فلا
يستحق الاجر ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق الافضال لا
الاستحقاق لان العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل لنفسه
قال الله تعالى من عمل صالحا فلنفسه لا يستحق الاجر على غيره وعلى هذه
العبارة ايضا يخرج الاستيجار على الطاعات فرضا كانت او واجبة او تطوعا
لان الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله فلا يستحق الاجر
وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة من ربع من
دقيقها او ليبضع له قفيزا من سمسم بجز معلوم من رهنه انه لا يجوز لان
الاجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه وقد روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن تقفيز الطحان ولو دفع الى حايك غزلا
لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة لان الحايك ينتفع بعمله وهو الحياكة وكذا
هو في معنى تقفيز الطحان فكان الاستيجار عليه شبيها واذا حاكه فللحايك
اجر مثل عمله لاشتباه المنفعة باجارة فاسدة وبعض مشايخ بلخ جوز

هذه

هذه الاجارة وهو محمد بن سلمة ونصير بن يحيى ومنها ان تكون المنفعة مقصودة
معتادا استيفاؤها بعقد الاجارة ويجري فيها التعامل بين الناس لانه عقد
شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل للناس فيه فلا
يجوز استيجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها ولا استظلال بها لان هذه
منفعة غير مقصودة من الشجر واذا اشترى ثمرة شجرة ثم استاجر
الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من
المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا
لو استاجر الارض التي فيها ذلك الشجر يصير مستاجرة باستيجار الارض
ولا يجوز استيجار الشجر وقال ابو يوسف اذا استاجر ثيابا ليبسطها
في بيته يتزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير
استعمال ليس بمنفعة مقصودة عادة وقال عمر وعن محمد في رجل استاجر
دابة ليجنبها يتزين فلا اجر عليه لان قود الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة
ولا يجوز استيجار الشجر وقال ابو يوسف اذا استاجر ثيابا ليبسطها في
بيت يتزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير
استعمال ليس بمنفعة مقصودة الدراهم والدنانير للتزين الحانوت ولا استيجار
العود والمسك وغيرها من المشمومات للشم لانه ليس بمنفعة مقصودة
الا ترى انه لا يقال استيفاؤها بعقد الاجارة والله الموفق واما الذي يرجع
الى محل المعقود عليه فهو ان يكون مقبوض المواجر اذا كان منقولا فان لم يكن
في قبضه فلا تصح اجارته لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض و
الاجارة نوع بيع فيدخل تحت النهي ولان فيه غررا انفساخ العقد لاحتمال
هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الاجارة وقد نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولا فهو على الاختلاف المعروف في
بيع العين امتا تجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا تجوز وقيل في
الاجارة لا تجوز بالاجماع واما الذي يرجع الى ما يقابل المعقود وهو الاجرة في
الاجارات معتبرة بالثمن في البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة

المال ما لمال فما يصلح ثمنا في البياعات يصلح اجرة في الاجارات وما لا فلا وهو
ان تكون الاجرة مالا متقوما معلوما وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب البيوع
والاصل في شرط العلم بالاجرة قول النبي صلى الله عليه وسلم من استاجر
اجيرا فليعلم اجره والعلم بالاجرة لا يحصل الا بالاشارة او التعيين او بالبيان
وجملة الكلام فيه ان الاجر لا يخلو اما ان كان شيئا بعينه واما ان كان غير عينه
فان كان بعينه فانه يصير معلوما بالاشارة ولا يحتاج فيه الى ذكر الجنس
والنوع والصفة والقدر سواء كان مما يتعين بالتعيين او مما لا يتعين كالدراهم والدنانير ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والصفة والنوع
والقدر على اصل اصحابنا الا ان المشار اليه اذا كان مما له حمل ومونة يحتاج
الى بيان فكان الايفاء عند ابي حنيفة وان كان بغير عينه فان كان مما يثبت
دينا في الذمة في المعاوضات المطلقة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات ذونات
والعدديات المتقاربة والثياب لا يصير معلوما الا ببيان الجنس والنوع
من ذلك الجنس والصفة والقدر الا ان في الدراهم والدنانير اذا لم يكن
في البلد الا نقد واحد ووزن واحد لا يحتاج فيهما الى ذكر النوع والوزن
ويكتفى بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد وان كان في البلدة نقود
يقع على النقد الغالب وان كان فيه نقود غالبة لا بد من البيان فان لم يبين
فسد العقد ولا بد من بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومونة في قول ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للايفاء وقد
ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع وهل يشترط للاجل وفي المكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة لا يشترط لان هذه الاشياء كما تثبت دينا في الذمة
موجلا بطريق السلم تثبت دينا في الذمة مطلقا لا بطريق السلم
بل بالعرض فكان لشبوتها اجلان فان ذكر الاجل جاز وتثبت الاجل
كالسلم وان لم يذكر جاز كالعرض واما في الثياب فلا بد من الاجل لانها لا تثبت
دينا في الذمة الا موجلا فكان لثبوتها اجل واحد وهو السلم فلا بد فيها من
الاجل وهو السلم وان كان مما لا يثبت دينا في الذمة في عقود المعاوضات

المطلقة

المطلقة كالحيوان فانه لا يصير معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر
الا ترى انه لا يصلح ثمنا في البياعات فلا يصلح اجرة في الاجارات وحكم التصرف
في الاجرة قبل القبض اذا كان دنيا وقد بينا ذلك في كتاب البيوع واذا لم يجب بيان
لم يشترط فيهما التعجيل فحكم التصرف فيهما تذكره في بيان حكم الاجارة
ان شاء الله تعالى وما كان منهما عينا مشارا اليهما فحكمهما حكم الثمن اذا
كان عينا حتى لو كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وان كان
عقارا فعلى الاختلاف المعروف في البيوع انه يجوز عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد لا يجوز وهي مسايل البيوع ولو استاجر عبدا اجرا معلوما
وبطعامه او استاجر دابة باجر معلوم ويعلفها لم يجز لان الطعام او
العلف يصير اجرة وهو مجهول فكانت الاجرة مجهولة والقياس في
استيجار الظئر بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو قول ابي يوسف ومحمد
لجهالة الاجرة وهي الطعام والكسوة الا ان ابا حنيفة استحسن الجواز
بالنص وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
من غير فصل بينما اذا كانت الوالدة منكوحة او مطلقة وقوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك اي الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود له وقوله
تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما اتيتم
بالمعروف نفى الجناح عن الاسترضاع مطلقا وقولهما الاجرة مجهولة
مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة
لان العادة جرت بالمسامحة مع الاطعام والتوسع عليهن فتتقدر على الاولاد
فاشبهت جهالة القفيز من الصبرة ولو استاجر دارا باجر معلوم وشرط
الاجر تطيين الدار ومرمتها او تفليق باب عليها او ادخال جذع في سقفها
على المستاجر فالاجارة فاسدة لان المشروط يصير اجرة وهو مجهول فتصير الاجرة
مجهولة ولذا اذا اجر ارضا وشرط كري نهرها او حفر بيرها او ضرب مسناة عليها
لان ذلك كله على المواجر فاذا شرط على المستاجر فقد جعله اجرة وهو مجهول فصارت
الاجرة مجهولة وسمينا ان تكون الاجرة مجهولة منفعة هي من جنس المعقود عليه

كاجارة السكني بالسكني والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب ونحو ذلك والكلام
فرع الكلام في كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث
المنفعة فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة بل هي معدومة وقت العقد
فيتأخر قبض احد المتاجرين فيتحقق ربوا النساء والجنس بانفراده يحرم
النساء عندنا كما سلام الهروي في الهروي والي هذا اشار محمد رحمه الله فيما
حكي ان ابن سماعة كتب اليه يسأله عن هذه المسئلة انه كتب اليه في الجواب
انك اطلت الفكر فاصابك الحيرة وحاسبت الحباي فكانت منك زلة اما
علمت ان بيع السكني بالسكني كبيع الهروي بالهروي بخلاف ما اذا اختلف
جنس المنفعة لان الربوا لا يتحقق في جنسين وعند الشافعي منافع المدة
تجعل موجودة وقت العقد كاعيان قائمة فلا يتحقق معنى النسيئة ولو
تحقق فالجنس بانفراده لا يحرم النساء عنده وتعليل من علل في هذه المسئلة
ان هذا في معنى بيع الدين بالدين لان المنفعتين معدومتان وقت العقد
فكان بيع المكاني بالكاني غير سديد لان الدين اسم لموجود في الذمة اخر
بالاجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد فاما مالا وجود له وتأخر
وجوده الى وقت فلا يسمى دينا وحقيقة الفقه في المسئلة ما ذكر امام
الهدى الشيخ ابو منصور الماتريدي وهي ان الاجارة عند شيوع بخلاف القياس
لحاجة الناس ولا حاجة تمس عند اتحاد الجنس فبقي على اصل القياس والحاجة
تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز ويستوي في ذلك العقد والاعة حتى لو
استأجر عبدا يخدمه شهرا بخدمة امة كان فاسدا لاتحاد جنس المنفعة
ثم اجارة الخدمة بالخدمة اذا اخدم احدهما ولم يخدمه الاخر وروي
عن ابي يوسف انه لا اجرة عليه وذكر الكرخي وقال الظاهر ان له اجر
المثل وجه رواية ابي يوسف انه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصح هذه
المقابلة فقد جعل بازاء المنفعة مالا قيمة له فكان راضيا ببذل المنفعة
بلا بدل وجه ما ذكره الكرخي انه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنا
تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد لما ذكره بحقه انما تتقوم بالعقد

الفاسد

الفاسد الذي يذكر فيه بدلا راسا بان استأجر شيأ ولم يسم عوضا
اصلا فاذا سمي العوض وهو المنفعة اولى وقالوا في عبد مشترك
بينهما اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه على ان يخدم احدهما يوما ولم يخدم الاخر انه
لا اجر له لان هذا ليس ببادلة بل هو افراد ويجوز استيجار العبدين
لعملين مختلفين كالخياطة والصباغة لان الجنس قد اختلف وذكر الكرخي
في الجامع اذا كان عبد بين اثنين اجر احدهما نصيبه من صاحبه خياط
معه شهرا على ان يصوغ نصيبه معه في الشهر الداخل ان هذا لا يجوز في
العبد الواحد وان اختلف العمل وانما يجوز في العملين المختلفين اذ كانا
في عبدين لان هذا انما ياه سلمها لانهما فعلا ما يستحق عليهما من غير
اجارة والمهايأة من شرط جوازها ان تقع على المنافع المطلقة فاما ان تقع
لاحد الشريكين على الاخر المنفعة فلا يجوز والله اعلم واما الذي يرجع الى ركن
العقد فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو اجر داره على
ان يسكنها شهرا ثم يسلمها الى المستأجر فالاجارة فاسدة لان هذا
شهرا لا يقتضيه او ارضا على ان يزرعها ثم يسلمها اليه او ثوبا على ان يلبسه شهرا ثم يسلم الى المستأجر فالاجارة فاسدة
لان هذا شرط لا يقتضيه العقد وانه شرط لا يلائم العقد وزيادة منفعة
مشروطة في العقد لا تقابلها عوض في معاوضة المال بالمال يكون ربوا او
فسادا شبهة الربوا وكذلك مفسد للعقد وعلى هذا ايضا يخرج شرط
تكحيل الدار واصلاح ميزابها وما وهي منها واصلاح بئر الماء والبالوعة
والمخرج وكري الانهار في اجارة الارض وطعام العبد وعلف الدابة في اجا
العبد والدابة ونحو ذلك لان ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه
وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر في الاصل انه اذا استأجر دارا مدة معلومة
باجرة مسماة على ان لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا اجر على المستأجر
ان لم يسكنها وان سكنها فعليه اجر مثلها لا تنقص مما سمي اما
فساد العقد فظاهر لان شرط ان لا يسكن شرط نفي موجب العقد وهو

ف

فرع

الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف مقتضى العقد والملزم
العقد فكان شرطا فاسدا او اما عدم وجوب الاجر راسا ان لم يسكن
ووجوب اجر المثل ان سكن فظاهر ايضا لان اجر المثل في الاجارات
الفاسدة انما تجب باستيفاء المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو
التخلية كما في النكاح الفاسد لان التخلية هي التمكين والله لا يتحقق
مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فاشبه المنع الحسي من
المبادو هو الغصب بخلاف الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحققت
التسليم فلئن لم ينتفع به المستاجر فقد اسقط حقه فتستقر في المنفعة
فلا تسقط حق الاجر في الاجر واذا سكن فقد استوفى المعقود عليه
بعقد فاسد والله يوجب اجر المثل واما قوله لا ينقص من المسمى
فقيه اشكال لانه قد صح من مذهب اصحابنا الثلاثة ان الواجب في
الاجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الاقل من المسمى
ومن اجر المثل اذا كان الاجر مسمى وقد قال في هذه المسئلة انه لا ينقص
من المسمى من المشايخ من قال المسئلة على ثلاثة اوجه لانه لا ينقص
من المسمى اذا كان اجر المثل والمسمى واحدا ومنهم من اجرى
الروايتين على ظاهرها فقال ان العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنا فع
حيث شرط المستاجر ان لا يسكن ولا نفا التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق
مع فساد العقد فاذا سكن فقد استوفى في منافع ليس في مقابلتها
بدل فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يكن في العقد تسمية اصلا الا
انه قال لا ينقص من المسمى لان المستاجر رضي بالمسمى بدون
الانتفاع فعند الانتفاع اولى ولو اجر داره او ارضه او عبده او دابته
وشرط تسليم المستاجر جاز لان تسليم المستاجر من مقتضيات العقد
الا ترى انه يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد
لا مخالفا له فصار كما لو اجر على ان يملك المستاجر منفعة المستاجر ولو
اجر بشرط تعجيل الاجرة وشرط على المستاجر ان يعطيه بالاجرة رهنا

او

او كفيلا جاز اذا كان الرهن معلوما والكفيل حاضرا لان هذا شرط يلائم العقد
وان كان لا يقتضيه لما ذكرنا في البيوع فيجوز كما في بيع العين واما شرط
اللزوم فنوعان نوع هو شرط انعقاد العقد لازما من الاصل ونوع هو
شرط تمايد على اللزوم اما الاول فانواع منها ان يكون العقد صحيحا
لان العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعا
للفساد حقا للشرع فضلا عن الجواز ومنها ان لا يكون بالمستاجر عيب
وقت العقد او وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد
حتى قالوا في العبد المستاجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له ان يفسخ الا
جارة لان السلامة مشروطة دلالة فيكون كالمشروط نصا كما في بيع العين
ومنها ان يكون المستاجر مرئي المستاجر حتى لو استاجر دارا لم يرها
ثم راها فلم يرض بها له ان يردها لان الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها
خيار الرؤية كما في بيع العين فان رضي بها لم يكن له الخيار كما في بيع العين
واما الثاني فنوعان احدهما سلامة المستاجر عن حدوث عيب به يخل
بالانتفاع به فان حدث به عيب فلا يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما
حتى لو استاجر عبدا ليخدمه او دابة يركبها او دارا يسكنها فمرض
العبد او خربت الدابة او انعدم بعض بنا الدار فالمستاجر بالخيار
ان شاء مضى على الاجارة بجميع المنفعة والمنافع تحدث شيئا فشيئا فكان
كل جزء من اجزاء المنافع معقودا عليه مبتدا فاذا احدث العيب بالمستاجر
كان هذا عيبا حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع
العين كذا في الاجارات فلا فرق بينهما من حيث المعنى واذا ثبت الخيار
للمستاجر فان لم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الاجر
لانه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين
اذا اطلع المشتري على عيب فرضي به وان زال العيب قبل ان يفسخ
بان صح العبد وزال العرج عن الدابة وبنى المؤاجر ما سقط من الدار
بطل خيار المستاجر لان الوجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار

هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستاجر فان كان لا يضر بالانتفاع
به بقي العقد لازما ولا خيار للمستاجر كما لعبد المستاجر اذا ذهبت احدى
عينيه وذلك لا يضر بالخدمة او سقط شعره او سقط من الدار المستاجرة
حائط لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة لا على العين اذ الاعيان
بيع للمنفعة لا بيع العين ولا انتقاص في المنفعة بل في العين والعين غير
معقود عليها في باب الاجارات وقد تميز غير المعقود عليه لا يوجب الخيار
بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع ع
لانه اذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستاجر ما يوجب الفسخ
فليس للمستاجر ان يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين ص ح
او من يقوم مقامهما وقال هشام عن محمد في رجل استاجر ارضا سنة
يزرعها شيا ذكره فزرعها فاصاب الزرع افة من برد او غيره فذهب
به وقد اخذ وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر ان يزرع قال ان اراد ان
يزرع غيره مما ضرره على الارض اقل من ضرره او مثل ضرره فله ذلك والا
فسخت عليه الاجارة والزمته اجر ما مضى لانه اذا عجز عن زراعة ذلك
النوع كان استيفاء الاجارة اضرارا به واذا انتقص الماء عن الرحا حتى
صار يطحن اقل من نصف طحنه فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفاء تمام
العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع ولو اعدمت الدار كلها او انقطع
الشرب عن الارض فقد اختلفت اشارة الروايات فيه ذكر في بعضها
ما يدل على ان العقد ينفسخ فانه ذكر في اجارة الاصل اذا سقطت الدار
كلها فلو ان رجلا خرج كان صاحب الدار شاهدا او غائبا فهذا دليل الانفساخ
حيث جوز للمستاجر الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر ولو لم تنفسخ
لو قف جواز الفسخ على حضوره والوجه فيه ان المنفعة المطلوبة من
الدار قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد
بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه فينفسخ العقد وذكر في بعضها ما يدل
على ان العقد لا ينفسخ لكن يثبت حق الفسخ فانه ذكر في كتاب الصلح

اذا

اذا صالح على سكنى دار فان قدمت لم ينفسخ الصلح وروى هشام عن محمد
فيمن استاجر بيتا وقبضه ثم انهدم فبناه الآخر فقال المستاجر
لعبد ما بناه لا حاجة لي فيه قال محمد للمستاجر ذلك وكذلك لو قال
المستاجر اخذه وابى الآخر ليس للآجر ذلك وهذا يجري مجرى النص على
ان الاجارة لم تنفسخ ووجهه ان الدار بعد الانهدام بقيت منتفعا بها
منفعة السكنى في الجملة بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه
راسا فلا ينفسخ العقد على انه ان فات كله لكن فات على وجه يتصور عوده
وهذا يكفي لبقاء العقد كمن استاجر عبدا فابق قبل القبض والاصل فيه ان
العقد المنعقد بيقين يبقى بتوهم الفائدة لان الثابت بيقين لا يزال
بالشك كما ان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك وذكر القدوري
وقال الصحيح ان العقد ينفسخ لما ذكرنا ان المنفعة المطلوبة من
الدار قد بطلت وضرب الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة من
الدار عادة فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد وقال فيما ذكره محمد في البيت اذا بناه
المؤاجر انه لما بناه تبين ان العقد لم ينفسخ حقيقة وان حكم بفسخه
ظاهرا فيجبر على التسليم والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد
في الظاهر مع التوقف في الحقيقة كمن استترى شاة فماتت في يد
البايع فدبغ جلدها انه يحكم ببقاء العقد بعد الحكم بانفساخه
ظاهرا بموت الشاة كذا هاهنا واذا بقي العقد يجبر على التسليم والتسلم
وقيل انما لا يعلم ان العقد لم ينفسخ حقيقة فيجب العمل بالظاهر وذكر
محمد رحمه الله في السفينة اذا انقضت وصارت الواحا ثم بناها المؤاجر
انه لا يجبر على تسليمها الى المستاجر فقد فرق بين السفينة وبين
البيت ووجه الفرق ان العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة
لان الاصل فيها على الصناعة وهي التركيب والالواح تابعة للصناعة
بدليل ان من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها فكانت تركيب الالواح
بمنزلة اتخاذ سفينة اخرى فلم يجبر على تسليمها الى المستاجر بخلاف

الدار لان عرصة الدار لسيت تابعة للبنا بل العرصة فيهما اصل فاذا بناها
فقد ملك الدار بينهما فيجبر على التسليم وقال محمد فيمن استاجر رحا
سنة فانقطع الماء بعد ستة اشهر فامسك الرحا حتى مضت السنة
فعليه الاجرة لسنة اشهر الماضية ولا شيء عليه لما بقي لان منفعة الرحا
قد بطلت فانفسخ العقد قال فان كان البيت يشتمل بد لغير الطحن
فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شيء من المعقود عليه له حصة
بالعقد فاذا استوفاه لزمه حصته فان سلم المواجر الدار الا بيتا
منها ثم منعه رب الدار وغيره بعد ذلك من البيت فلا اجر على المستاجر
في البيت لانه استوفى في بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه
حصته ما لم يستوف وللمستاجر ان يمتنع من قبول الدار لغير البيت
وان يفسخ الاجارة اذا حدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت
في المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار ولو
استاجر دارا اشهرا مسماة فلم يسلم اليه الدار حتى مضى بعض
المدة ثم اراد ان يسلم الدار فيما بقي من المدة فله ذلك وليس للمستاجر
ان يابى ذلك وكذلك لو كان المستاجر طلبها من المواجر فمنعه اياها
ثم اراد ان يسلمها فذلك له وليس للمستاجر ان يمتنع لان الخيار انما
يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة
ها هنا حين ما وقعت وقعت متفرقة لان المنافع تحدث شيئا فشيئا
فكان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدا فكان كل جزء من
الصفقة المنافع مملوكا بعقد والثاني مملوكا بعقد اخر وما ملك
بعقدين فتقرر التسليم في احدهما لا يوثر في الاخر فان استاجر دارين
فسقطت احديهما او منعه مانع من احدهما او حدث في احديهما
عيب فله ان يترکهما جميعا لان العقد وقع عليهما صفقة واحدة
وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله اعلم والثاني عدم حدوث
عذر باحد العاقدين وبالمستاجر فان احدث باحديهما او بالمستاجر

٤٧٨

عذر لا يبقى العقد لازما وله ان يفسخ وهذا عندنا صحيح
وعند الشافعي هذا ليس بشرط لبقا العقد لازما وقد اليسيله
ان الاجارة تنفسخ بالاعذار عندنا خلافا له وجه قوله
ان الاجارة احد نوعي البيع فتكون لازما كالنوع الاخر وهو
بيع الاعيان والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا
ينفسخ الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند
العذر لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر
ضرر ولم يلتزمه بالعقد لما ذكرنا في تفصيل الاعذار الموجبة
للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر
وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لانا نقول
نعم لكنه عجز عن المضي في موجبه الابضرر يلحقه لم يلتزمه
بالعقد فكان معتملا للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين اذا
اطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستاجر ولذا
عند قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما لان هذا
هكذا اذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد
وقد عجز ها هنا فلا يشترط التراضي على الفسخ كما في بيع العين وحدوث
العيب بالمستاجر ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل
والشرع لانه يقتضي ان من اشتكى ضرسه فاستاجر رجلا ليقلعه
فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده اكلة فاستاجر رجلا
ليقطعها ثم برات يده يجبر على قطعها وهذا فسخ عقلا وشرعا واذا
ثبت ان الاجارة تنفسخ بالاعذار فلا بد من بيان الاعذار المبيحة للفسخ
على التفصيل فنقول وبالله التوفيق ان العذر قد يكون في جانب
المستاجر وقد يكون في جانب المواجر وقد يكون في جانب المستاجر
فنحو ان تفلس فيقوم من السوق او يريد سفرا او ينتقل من الحرفة
الى حرفة لان المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في ابقا العقد من غير

العقد اضرار ابه ضرر المرتزم ما لعقد فلا يجبر على عمله واذا عزم
على السفر فترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفي اتمام العقد مع
خروجه الى السفر ضرر به ايضا لما فيه من لزوم الاجرة من غير
استيفاء المنفعة والانتقال من محل لا يكون الا للاعراض عن الاول
ورغبة عنه فان منعناه من الانتقال اضررنا به وان بقينا العقد
بعد الانتقال لا لزمناه الاجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به
ولو اراد ان ينتقل من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني
لما ان الثاني ارخص واوسع لعلمه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه
استيفاء المنفعة الاولى من غير ضرر وانما يطلب زيادة المنفعة وقد
رضي بالقدر الموجود منها في الاول وعلى هذا اذا استاجر رجلا لما
لا يصل الى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه او بدنه ثم بدا
له ان له ان يفسخ الاجارة فان استاجر رجلا ليقصر له ثوبا
او ليخيطها او يخيطها او يعدم داره او يقطع شجره او ليقلع
ضرسه او ليحجمه او ليفصده او ليزرع ارضا او يحدث في ملكه شيئا
من بناء او تجارة او حفر ثم بدا له ان لا يفعل فله ان يفسخ الاجارة
ولا يجبر على شيء من ذلك لان القصارة والقطع تنقصان عاجلا في
المال بالغسل والقطع وفيه ضرر بهدم الدار وقطع الشجر اتلاف
المال والزراعة اتلاف البذر وفي البناء اتلاف الالة وقطع الضرس
والحجامة والفصد اتلاف جزء من البدن وفيه ضرر لانه استاجره لهما
لمصلحة تأملها تر لو اعلى المضرة فاذا بدا له علم انه لا مصلحة فيه
فبقي الفعل ضررا في نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ اذ
الانسان لا يجبر على الاضرار بنفسه وكذلك لو استاجر ابلا الى مكة ثم
بدا للمستاجر ان لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لانه لا بد له علم
ان السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر وكذا كل من استاجر دابة لسافر
ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد قالوا ان الجمال اذا قال للحاكم ان

هذا

هذا الا يريد ان يترك السفر وانما يريد ان يفسخ الاجارة قال له الحاكم
انتظره فان خرج فعل الجمال معه فاذا فعلت ذلك فله الاجر فان
قال صاحب الدار للحاكم هذا الا يريد سفرا وانما نقول ذلك لنفسخ
الاجارة استحلفه الحاكم بالله انه يريد السفر الذي عزم عليه لانه يدعي
سبب الفسخ وهو ارادة السفر ولا يمكنه اقامة البينة عليه فلا يقبل
قوله الا مع يمينه وقالوا الوخرج من المصر فراسخ ثم رجع فقال صا
الدار انما اظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله
لقد خرجت الى الموضع الذي ذكرت لان المواجر يدعي ان الفسخ وقع
لغير عذر وهو عزم السفر الى موضع معلوم ولا يمكنه اقامة البينة
عليه لان عزم المستاجر لا يعلم الا من جهته فكان القول قوله مع يمينه
واما الجمال اذا بدا له من الخروج فليس له ان يفسخ الاجارة لان خروج
الجمال مع الجمال ليس بمستحق في العقد فان له ان يبيعت غيره مع الجمال
فلا يكون وجوده عذرا بخلاف خروج المستاجر لان عرضه يتعلق بخروجه
بنفسه فكان قعوده عذرا ولو استاجر رجلا ليحفر بيرا فحفر بعضها
فوجدها صلبة او حفر نصف حجرا او وجدها رخوة بحيث يخاف التلف
كان عذرا لانه يعجز عن المضي في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه و
قال هشام عن ابي يوسف في امراة ولدت يوم النحر قبل ان يطوف فابى
الجمال ان يقيم هذا قال هذا عذر لانه لا يمكنها الخروج من غير طواف ولا
سبيل الى الزام الجمال الاقامة مدة النفاس لانه يتضرر به اذ هي مدة
ما جرت العادة باقامة القافلة قدرها فيجعل عذرا في فسخ الاجارة وان
كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها مدة الحيض لو اقام اجبر
الجمال على المقام معها لان هذه المدة قد جرت بمقام الحاج فيها بعد الفراغ
من الحج ولها الذي هو في جانب المواجر فنحو ان يلحقه دين فادح لا يجد
قضاءه الا من ثمن المستاجر من الابل والعقار ونحو ذلك اذا كان الدين
ثبت قبل عقد الاجارة بالبينة او بالاقرار وثبت بالبينة بعد عقد الاجارة



بالاقرار فكذلك عند ابي حنيفة واما عندهما فالدين الثابت بالاقرار
لعقد عقد الاجارة لانه متهم في هذا الاقرار ولابي حنيفة
ان الظاهر ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر
من جانب المؤاجر شرعا على ان بيع المؤاجر لا ينفذ عندنا من غير اجارة
المستاجر خلافا للشافعي على ما ذكر واذا لم يجز البيع مع قيام عقد الاجارة
جعل الدين عذرا في حق الاجارة الا ان بقاء الاجارة مع لحوق الدين الفادح
العاجل اضرار بالمؤاجر لانه يحبس بدينه ولا يجوز الحبر على تحمل ضرر غير
مستحق بالعقد فان قيل كيف يحبسه القاضي وهو غير قادر على قضاء
الدين بالمؤاجر لتعلق حق المستاجر به فينبغي ان لا يحبسه القاضي
قلنا الجواب ان القاضي لا يصدقه انه لا مال له سوى المؤاجر فيحبسه الى
ان يظهر حاله وفي الحبر ضرر على انه ان لم يكن له مال اخر غير المؤاجر لكن
حق المستاجر انما تعلق بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من بدل
العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع وكذلك لو اشترى شيئا فاجره ثم
اطلع على عيب بد له ان يفسخ الاجارة ويرده بالعيب على بائعه وان رضي
المستاجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذرا له في فسخ الاجارة
لانه لا يقدر على استيفاء ها الا بضرر وهو التزام المبيع المعيب ولو اراد
المؤاجر السفر والتحلل عن البلد وقد اجر عقارا له فليس ذلك لعذر
لان استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه قال ابو يوسف
ان مرض المؤاجر او اصاب ابله داء فله ان يفسخ اذا كانت بعينها اما
اذا اصاب الابل داء الان استعمال الدابة مع ما بها من الداء اضجاف بها و
فيه ضرر بصاحبها والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ
وكذا للمستاجر لان المنافع تنقص بمرض الابل فصار ذلك عيبا فيها
واما اذا مرض الجمال فظاهر رواية الاصل يقتضي ان لا يكون عذرا لان
اثر المرض في المنع من الخروج وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق
بالعقد واما وجه رواية ابي يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال وبين

قعوده ان الجمال يقوم على مقامه الا بضرر وليس كذلك اذا ابد الدمن
الخروج لانه يقدر على الخروج واذا ترك ذلك باختياره كان عليه ان يقيم
غيره مقامه ولو اجر صانع من الصناع او عامل من العمال نفسه لعمل
او صياغة ثم قال قد بدا لي ان اترك هذا العمل وانتقل الى غيره قال محمد
ان كان ذلك من عمله بان كان حجاما فقال قد اقلعت من عملي واريد تركه
لم يكن له ذلك لانه من تلك اهل الحرفة واذا كان ذلك العمل ليس من عمله
ولا صنعته بل اسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به اذا كانت امراة
احرت نفسها ظئرا وهي مما تعاب بذلك فلاهلها ان يخرجوها و
كذلك ان ابت ان ترضعه لان من لا يكون من اهل الصنايع الدنيه اذا
دخل فيها يلحقه العار فاذا اراد الترك فلا هو يقدر على ايفاء المنافع
الا بضرر وكذلك الظئر اذا لم تكن ممن تشتهي مثلها فلاهلها الفسخ
لانهم يعيرون بذلك وفي المثل السائر تجوع الحرة ولا تاكل بثديها فاذا
لم يمكن ايفاء العقد الا بضرر فلا يقدر على تسليم المنفعة الا بضرر
بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفو لانه لا يثبت لها حق الفسخ
ويثبت للاولياء لان النكاح لا ينفسخ بالعذر فقد لزمها العقد والاجا ٤٨١
تفسخ بالعذر وان وقعت لازمة وان اعدم منزل المؤاجر ولم يكن
له منزل اخر سوى المنزل المؤاجر فاراد ان ينقض الاجارة ويسكنها
ليس له ذلك لانه لعله ان يستاجر منزلا اخر او يشتري فلا ضرر وانما
يفسخ الاجارة وكذا اذا اراد التحول من هذا المصر لانه يمكنه ان ينزل في
المنزل في الاجارة ويخرج بخلاف المستاجر اذا اراد ان يخرج لما ذكرنا ولو استاجر
المستاجر منزلا فاراد التحول اليه لم يكن ذلك عذرا في الدار المستاجرة
والله اعلم واما الذي هو في جانب المستاجر فمنها عتق العبد المستاجر
فانه عذر في فسخ الاجارة حتى لو اجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة
اشهر اعتقه فهو بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخها اما العتق
فلاشك في افادته لصدور الاعتاق من الاهل في المحل المملوك المرقوق

والعارض وهو حق المستاجر لا يوثر الا في المنع من التسليم ونفاذ العقد لا يقف على امكان التسليم بدليل ان اعتاق الاب نافذ واما الخيار فلان العقد على المنافع تنعقد شيا فشيا على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كانه عقد عليه ابتداء فله خيار الاجازة والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما بقي وسقط عن المستاجر الاجر فيما بقي وكان اجر ما مضى للمولى لانها بدل منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان اجازه ومضى على الاجارة فيما يستقبل الى تمام السنة يكون للعبد لانها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية فكان له كما لو اجر نفسه من انسان بغير اذن مولاه فاعتقه المولى في المدة فلا خيار له بخلاف العبد الماذون اذا اجر نفسه ثم اعتقه المولى في المدة لان اجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار الا مضا في العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف الاذون ومنها طلوع الصبي المستاجر اجره الوه او وصي ابيه او جده او القاضي لو امنيه فبلغ في المدة فهو عذر وان شا امضى الاجارة وان شا فسخ لان في ابقا العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضي في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا ولو اجر لاحد من هولا شيا من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له والخيار والخيار بين اجارة النفس والمال قد ذكرناه في كتاب البيوع ان اجارة ماله تصرف نظر في حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما اجارة النفس فمنوع وضعها اضرار وانما يملكها الولي او الوصي من حيث هي تاديب وقد انقطعت ولاية التاديب بالبلوغ فاما علا اجر مثل فليس لعذر تفسخ به الاجارة الا في اجارة الوقف حتى لو اجر دارا هي ملكه ثم علا اجر المثل الدار ليس له ان يفسخ العقد الا في الوقف فانه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على اجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى لقدره وقيل هذا اذا ازداد اجر مثل الدور فاما اذا اجا واحد وزاد في الاجرة تعنتا على المستاجر الاول فلا يعتبر ذلك ثم انما تفسخ

هذه الاجارة اذا امكن الفسخ فاما اذا لم يمكن فلا يفسخ بان كان في الارض زرع لم يستحصد لان في القلع ضررا بالمستاجر فلا يفسخ بل يترك الى ان يستحصد الزرع باجر المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى لقدره وبعد الزيادة الى ان يستحصد يجب اجر المثل هذا اذا علا اجر مثل الوقف فاما اذا رخص فان الاجارة لا تفسخ لان المستاجر رضي بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ في الوقف عند الفلا لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا يفسخ واما العذر في استيجار الظير ليحمل له الا باخذ الصبي من بينهما لانه لم يحصل قبض ما دخل تحت العقد او بقي من بينهما لان الصبي يتضرر به او يحمل الظير لان لبن الحامل يضر بالصبي او تكون سارقة لانهم يجاهون على متاعهم او تكون فاجرة بينة الفجور لانها تشتغل بالفجور عن حفظ الصبي اذا اراد والان يسافروا بصبيهم وابت الظير ان تخرج معهم لان في الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم وفي ابقا العقد بعد السفر اضرار ايضا او عمر الظير لان الصبي يتضرر بلبن المريضة والمراة تتضرر بالارضاع في حال المرض ايضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فان كانوا يوذون عنا بالسنتهم امروا ان يكفوا عنه فان لم يكفوا كان لهما ان تخرج لان الاذية محظورة فعليهم تركها فان لم يتركوا كان في ابقا العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج ان يخرجها من الرضاع ان لم تكن الاجارة برضاه وقيل هو على التفصيل ان كان ممن يشينه ان ترضع زوجته فله الفسخ لانه يعتبر بذلك فيتضرر به وان كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له ان يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها الا ان منافع تدعيا فكانت هي بالاجارة متصرفة في حقها وقيل له الفسخ في الوجهين لانها ان ارضعت الصبي في بيتهم فللزوج ان يمنعها من الخروج من منزله وان ارضعته في بيته فله ان يمنعها من ادخال الصبي الى بيته ثم اذا اعترض شي من هذه الاعذار التي وصفنا فالاجارة تنفسخ بنفسها او يحتاج الى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ والصواب انه ينظر الى العذر وان كان يوجب العجز

عن المضي في موجب العقد شرعا بان كان المضي فيه حراما فالاجارة تنقض بنفسها كما في الاجارة على قلع الضرس اذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتآكلة اذا برات ونحو ذلك اذا كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد لا ينفسخ الا بالفسخ وهل يحتاج فيه الى فسخ القاضي او التراضي ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير انه لا يحتاج اليه بل للمتعاقد فسخهما وذكر في الزيادات انما لا تنفسخ الا بفسخ القاضي او التراضي وجه ما ذكر في الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فاشبه الرد بالعيب بعد القبض وجه المذكور في الاصل والجامع الصغير ان المانع في الاجارة لا يملك جملة واحدة بل شيئا فشيئا فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كان خفيا كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر ويزول الاشتباه وهذا احسن وينبغي ان بيع المتاجر يفسخ الاجارة والله اعلم **فصل** واما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم اذا وقعت صحيحة عرية عن خيار الشرط والعيب والرؤية عند عامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح انما غير لازمة وتفسخ بالاعذار لانها اجارة المنفعة فاشبهت الاعارة ولنا انها تمليك المنفعة بعوض فاشبهت البيع وقال الله تعالى اوفوا بالعقود والفسخ ليس من الايفاء بالعقد وقال عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار جعل البيع نوعين نوعا لا خيار فيه ونوعا فيه خيار والاجارة بيع فيجب ان يكون نوعا ليس فيه خيار الفسخ ونوعا فيه خيار الفسخ ولان هذه معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد احد العاقدين فيها بالفسخ الا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع **فصل** واما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلو اما ان كانت صحيحة واما ان كانت غير فاسدة واما ان كانت باطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها اصلي وبعضها من التوابع اما الحكم الاصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان اصل

الحكم

الحكم وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته اما الاول فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستاجر وثبوت الملك في الاجرة المسماة للاجر لانها عقد معاوضة اذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين واما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو اما ان كان عقدا مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة واما ان شرط فيه تعجيل الاجرة او تاجيلها فان عقد مطلقا فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر في الاجرة وقت ثبوت الملك للمستاجر في المنفعة وهذا قول اصحابنا وقال الشافعي حكم الاجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل واما كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيئا فشيئا على حسب حدوث محله وهو المنفعة لانها تحدث شيئا فشيئا وعنده يحل منافع المدة موجودة تقديرا كانها اعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال وعلى هذا ينبني ان الاجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك وجه قوله ان الاجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع الا ان الملك لا بد له من محل يثبت فيه ومنافع المدة معلومة للحال حقيقة فتجعل موجودة حكما تصحيحا للعقد وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا ان المعاوضة المطلقة اذا لم يثبت الملك فيها في احد العوضين لا يثبت في العوض الاخر اذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابله عوض ولان المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة اذ لم يثبت للملك في احد العوضين وهو منافع المدة لانها معدومة حقيقة ولا يثبت في الاخر في الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة ثم في اي وقت يثبت فقد كان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول ان الاجرة

لا يثبت الا بعد مضي المدة في الاجارة التي تقع على المدة مثل
استئجار الارض سنة او عشر سنين وهو قول زفر ويخرج على
قوله الجيب يوما فيوما وفي الاجارة على المسافة مثل ان يستأجر
بعيرا الى مكة جاز وان اهلك قوله الاول انه لا يلزم منه
تسليم الاجارة حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع فقال يسلم حالا
قال الاوزجندي وذكر الكرخي انه يسلم احدهما كل هو جلة اذا انتهى اليها وهو
قول ابي يوسف ومحمد وجه قول ابي حنيفة الاول ان منافع
المدة او المسافة من حيث انها معقود عليها شيء واحد فما لم يستوفها كلها لا
يجب شيء من بدلها كمن استأجر حيا فمات بعضه انه لا يستحق
الاجر حتى يفرغ منه ولهذا انفسخ والصباغ وجه قوله الثاني وهو الشهور
ان ملك العبد بمقابلة ملك المبدل وهو المنفعة وانما تحدث شيئا فشيئا على
حسب حدوث الزمان فيملكها شيئا فشيئا على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها
وكان ينبغي ان يجب عليه تسليم الاجرة ساعة فساعة الا انا ذلك استقدر
واستحسن فقال يوما فيوما هو جلة لانه لا تقدر فيه ويروى
عن ابي يوسف فيمن استأجر بعيرا الى مكة انه اذا بلغ ثلثة
الطريق او نصفه اعطى من الاجر بحسابه استحسانا وذكر
الكرخي ان هذا قول ابي يوسف الاخير وجهه ان السير الى ثلث الطريق
او نصفه منفعة مقصودة في الجملة فاذا وجد ذلك القدر يلزم تسليم بدله
وعلى هذا يخرج ما اذا ابر المؤجر المستأجر من الاجر او وهبه او تصدق به عليه
ان ذلك لا يجوز في قول ابي يوسف الاخر عينا كان الاجر او دينا وقال محمد
ان كان دينا جاز وجه قول ابي يوسف ظاهر هو جائز على الاصل وهو ان الا
لم يملكها المؤجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل والابراء عما ليس بمملوك
المبرئ لا يصح بخلاف الدين المؤجل لانه مملوك وانما التأجيل لتأخير المطا
فيصح الابراء عنه وكذا هبة غير المملوك لا يصح وجه قول محمد ان الابراء لا يصح
الا بالقول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك

فيثبت

يثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره اعتق
عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت لان الابراء اسقاط واسقاط الحق
بعد وجود سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل
الموت وسبب الوجوب ها هنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان
كان يعني بالانعقاد وجود الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بالاتفاق بين
اصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير مقبول ولو ابراه من بعض الاجرة
او وهب منه جاز في قولهم جميعا اما على اصل محمد فظاهر لانه لا يجوز ذلك
عنده في الكل فكذا في البعض واما على اصل ابي يوسف فلان ذلك حط بعض
الاجرة فيلتحق الحط باصل العقد فيصير كالموجود في حال العقد بمنزلة
هبة بعض الثمن في البيع وحط الكل لا يملك الحاقه باصل العقد ولا سبيل
الى تصحيحه للحال لعدم الملك واما اذا كانت الاجرة عينا من الاعيان فوهبها
المؤجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع فقد قال ابو يوسف ان ذلك لا يكون
نقضا للاجارة وقال محمد ان قبل المستأجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها
لم تبطل فقد مر على ان الهبة لم تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كأنها لم
توجد اساسا بخلاف المشتري اذا وهب المبيع من بائعه قبل القبض وقبله
البائع ان ذلك يكون نقضا للبيع لان الهبة هناك قد صحت لصدورها
من المالك فيثبت الملك للبائع فانفسخ البيع واما محمد فلانه يقول الاجرة اذا
كانت عينا كانت في حكم البيع لان ما يتأتى لهما ما هو في حكم الاعتاق والمشتري
اذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله البائع يبطل البيع كذا هنا هذا
واذا رد المستأجر الهبة لا تبطل الاجارة لان الهبة لا تتم الا بالقبول فاذا ردها
بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا اذا صارف المؤجر المستأجر بالاجرة فأخذ
بها دينارا بان كانت الاجرة دراهم ان العقد باطل عند ابي يوسف الاخر
فكان قوله الاول انه جائز وهو قول محمد فابو يوسف مر على الاصل فقال الاجرة
لم تجب بعقد الاجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في المجلس
فيبطل العقد كمن باع دينارا بعشرة فلم يتقابضا ولانه يشتري الدينار بدراهم

في دمته فتجيلها قصاصا بالاجرة ولا اجرة له فيبقى ثمن ه
الصرف في ذمته فاذا افترقا قبل القبض بطل الصرف ومحمد يقول اذا لم يجز
الصرف الا ببدل واجب ولا وجوب من غير شرط التعجيل يثبت الشرط
اقداما على الصرف ولو شرط تعجيل الاجرة ثم تصارفا جاز كذا هذا ولو
اشترى الموجر من المستاجر عينا من الاعيان بالاجرة جاز في قولهم لان
العقد على الاعيان لا يقتضي قبض البدل في المجلس فجاز العقد وان كانت
الاجرة غير واجبة ويبقى الثمن في ذمته ولو باع الاجرة رهنا او كفيلا
جاز في قولهم اما على اصل محمد لان الابراء والهبة جائزان فالرهن
والكفالة اولى واما على اصل ابي يوسف فاما الكفالة فلان جوازها
لاستيفاء قيام الدين للحال بدليل انه لو كفل بما يجب له على فلان جازت
وكذا الكفالة بالدين جائزة وكذلك الرهن بدين لم تجب جائز كالرهن
بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار ولان الرهن والكفالة شرعا للتوثق
والتوثيق يلائم للاجرة هذا اذا وقع العقد مطلقا عن تعجيل الاجرة فاما
شرط فيه تعجيلها ملكت بالشرط ووجب تعجيلها فالحاصل ان الاجرة لا تملك
عندنا الا باحدى معان ثلاث احدها شرط التعجيل في نفس العقد والثاني
التعجيل من غير شرط والثالث استيفاء المعقود عليه اما ملكها بشرط
التعجيل فلان ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقق معنى المعاوضة
المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين ومعنى المعاوضة
والمساواة لا يتحقق الا بثبوت الملك فيهما في زمان واحد واذا شرط
التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المعتدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار
شرعهما لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم فيثبت الملك في العوض
ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع وان كان اطلاق العقد يقتضي الحلول كذا
هذا وللمواجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الاجرة كذا ذكر الكرخي
في جامعه لان المنافع باب الاجارة كالمبيع في باب البيع والاجرة في الاجارات
كالثمن في البياعات وللبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن فكذا للمواجر

حلس المنافع الى ان يستوفي الاجرة المعجلة فان قيل الافادة في هذا الحلس لا
الاجارة اذا وقعت على مدة فاذا حلس المستاجر مدة بطلت الاجارة في تلك
المدة ولا شيء فيها من الاجرة فلم يكن الحلس مفيدا قلنا الجواب ان الحلس مفيد
لانه يحلس ويطالب بالاجرة فان عجل والا فسخ العقد فكان في الحلس
فائدة على ان هذا لا يلزم في الاجارة على المسافة بان استاجر دابة مسافة
معلومة لان العقد ها هنا لا يبطل بالحلس وكذا هذا يبطل ببيع ما
يتسارع اليه الفساد كالسمك الطري ونحوه ان للبايع حلسه حتى
يستوفي الثمن وان كان يودي الى ابطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض
وان وقع الشرط في عقد الاجارة على ان لا يسلم المستاجر الاجر الا بعد انقضاء
مدة الاجارة فهو جايز اما على قول ابي حنيفة الاول فظاهر لان الاجر لا يجب
الا في اخر المدة فاذا شرط كان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد فكان جايزا
واما على قوله الاخر الاجر فالاجر وان كانت تجب شيئا فشيئا فقد شرط
تاجيل الاجر والاجرة كالثمن فتحمل التاجيل كالثمن واما اذا عجل الاجر
من غير شرط فلانه لما عجل فقد عين مقتضى مطلق العقد وله هذه الو
لان التاخر يثبت حقا له فيملك ابطاله بالتعجيل كما اذا كان عليه دين
موجل فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة فالاستحقاق وان لم
يثبت فقد انعقد سببه والتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب
جايز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت واما اذا استوفى المعقود عليه
فلانه يملك العوض فيملك المواجر العوض في مقابلته تحقيقا للمعاوضة
المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق وعلى هذا الاصل
تنبني الاجارة المضافة الى زمان في المستقبل بان قال اجرتك هذه الدار
غدا او راس شهر كذا وقال اجرتك هذه الدار سنة او لعاشرة شهر رمضان
انها جايزة في قول اصحابنا وعند الشافعي لا يجوز ووجه البناء ان الاجارة
بيع المنفعة وطريق جوازها عنده ان يجعل منافع المدة موجودة تقديرا
عقيب العقد تصحيحا له اذ لا بد وان يكون محل حكم العقد موجود التمليك

لانه

اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكما كانها اعيان قائمة بنفسها
واضافة البيع الي عين ستوجد لا يصح كما في بيع الاعيان حقيقة واما عندنا
فالعقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المعقود عليه شيأ فشيأ وهو المنفعة
فكان العقد مضافا الي حين وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص
على الاضافة يكون مقررا مقتضى العقد الا ان جوزنا الاضافة في الاجارة دون
البيع للضرورة لان المنفعة حال وجودها لا تمكن انشاء العقد عليها فدعت
الضرورة الي الاضافة وطريقتنا اولي لان جعل المعدوم موجودا تقديرا
لحال وتقدير الحال محال ولا حالة في الاضافة الي زمان في المستقبل
فاذ كثيرا من التصرفات يصح مضافا الي المستقبل كالطلاق والعتاق
ونحوها فكان التصحيح بما قلنا اولي والله الموفق واما الاحكام التي هي
من التوابع فكثيرة بعضها يرجع الي الاجر والمستاجر حما عليهما ولبعضها
بعضها يرجع الي صفة المستاجر فنبدا اما الاول فجملة الكلام فيه ان عقد
الاجارة لا يخلو اما ان شرط فيه تعجيل البدل او تاجيله واما ان كان مطلقا
عن شرط التعجيل والتاجيل فان شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستاجر تعجيله
والا فتبدا بتسليمها سواء كان ما وقع عليه الاجارة شيأ ينتفع بعينه كالدار
والدابة وعبد الخدمة او كان صانعا او عاملا ينتفع بصنعته او عمله
كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف لانهم لما شرطا تعجيل البدل
لزم اعتبار شرطهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم
وملك الاجر البدل قبل التعجيل حتى يجوز له هبته والتصدق به والابراء
عنه والشراء به والرهن به والكفالة به وكل تصرف يملك البايع في الثمن
في باب البيع وللمواجران يمنع عن تسليم المستاجر في الاشياء المنتفع
بها بعينها حتى يستوفي الاجرة لان الاجرة في الاجارات كالثمن في البياعات
وللبايع حبس المبيع الي ان يستوفي الثمن اذا لم يكن موجلا كذا هذا وان شرط
فيه تاجيل الاجرة ينبغي ان يسلم المستاجر اولا العمل وانما يجب تسليم البدل
عند انقضاء الاجل لان الاصل في الشروط اعتبارها للحديث المذكور وبنيا وان كان العقد

مطلقا

مطلقا عن شرط التعجيل والتاجيل يبتدا بتسليم ما وقع عليه
العقد في نوع الاجارة فيجب على المواجر تسليم المستاجر وعلى الاجير
تسليم النفس واما العمل اولا عندنا خلافا للشافعي لان الاجرة لا تجب
بالعقد المطلق عندنا وعنده تجب والمسئلة قدمرت غير اني في النوع
الاول وهو الاجارة على الاشياء المنتفعة بها اذا سلم المستاجر
لا يجب على المستاجر تسليم البدل كله للمحال اول على حسب
استيفاء المنفعة شيأ فشيأ حقيقة او تقديرا ما التمكن
من الاستيفاء في قول ابي حنيفة الاخر وللمواجر ان يطالبه
بالاجرة بمقدار ذلك يوما فيوما في الاجارة على العقار
ونحوه ومرحلة مرحلة على المسافة ولكن يجبر المكاري على
الحمل الي المكان المشروط او لو لم يجبر له ضرر به المستاجر وفي
قوله الاول وهو قول ابي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شيء من البدل
الا عند انتهاء المدة او قطع المسافة كلها في الاجارة على قطع المسافة
كلها في الاجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم
واما في النوع الاخر وهو استيجار الصناع والعمال فلا يجب تسليم شيء
من البدل الا بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتى قالوا في الحمال ما الحمه
كيف المتاع من راسه لا يجب الاجر الا بالحمل من تمام العمل وهكذا قال
ابو يوسف في الحمال يطلب اجره بعد ما بلغ المنزل قبل ان يضعه ليس
له ذلك لان الوضع من تمام العمل والفرق ان كل جزء من العمل في هذا النوع
غير مقصود لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان المحل كشيء واحد
فما لم يوجد لا تقابله البدل بخلاف النوع الاول على قول ابي حنيفة الاخر
اذا اراد الاجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الاجر هل له
ذلك ينظر ان كان لعمله اثر ظاهر في العين كالخياط والقصار والصباغ
والاسكاف له ذلك لان ذلك الاثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب
محيطا مقصورا وانما العمل لتحصيل ذلك الاثر عادة والبدل يقابل ذلك الاثر

فكان فكان البيع فكان له ان يحبسه لاستيفاء الاجرة كالبيع قبل التسليم
انه يحبس لاستيفاء الثمن اذا لم يكن الثمن مؤجلا ولو هلك قبل التسليم
يسقط الاجرة لانه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان عنده
ابي حنيفة لا يجب وعندهما يجب لانه يجب قبل الحبس عندهما فعنده
الحبس اولي والمسئلة تاتي في موضعها ان شاء الله تعالي وان لم يكن للعمل
اثر ظاهر في العين كالحمال والملاح والمكاري ليس له ان يحبس لان ما لا
اثر له في العين فالمبذول امانة بل نفس العمل الا ان العمل كله كشيء واحد
اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل في يد المستاجر فلا يملك
حبسه عند بعد طلبه كيد المودع بعد ولهذا الاجير حبس الوديعة بالدين
ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا يسقط الاجرة لما ذكرنا انه كما وقع العمل
حصل مسلما الي المستاجر لحصوله في يده فتقرر عليه الاجرة فلا يحتمل
السقوط بالهلاك ويضمن لانه حبسه بغير حق فصار غاصبا بالحبس
ويضمن محمد رحمه الله علي الغصب فقال فان حبس الحمال المتاع في يده
ممنوعا صبر وجهد ما ذكرنا ان الدين كانت امانة في يده فاذا حبسها
بدينه فقد صار غاصبا كما لو حبس المودع الوديعة بالدين هذا الذي
ذكرنا ان العمل لا يصير مسلما الي المستاجر الا بعد الفراغ منه حتي لا يملك
الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ اذ كان المحمول فيه في يد الاجير فان كان
في يد المستاجر فقد رما اوقعه من العمل فيه يصير مسلما الي المستاجر قبل
الفراغ منه حتي يملك المطالبة بقدره من الاجرة بان استاجر رجلا ليبني
له بناء في ملكه او ما هو في يده بان استاجر ليبني له بناء في داره او ليعمل له سابا
او خباطا او ليخيط له ثوبا او قلنسوة او خفا او ما اشبه ذلك في ملكه او فيما
في يده فعمل بعضه فله ان يطالبه بقدره من الاجرة لكنه يجبر علي الدفع
حتي لو اهدم البناء او انهارت البئر او وقع فيهما الماء او التراب وسواها
مع الارض او سقط السابط فله اجر ما عمل بحصته لانه اذا كان في ملك
المستاجر او يده فكان عمله شيئا حصل في يده قبل هلاكه وصار مسلما اليه فلا

يسقط

يسقط بدله بالهلاك ولو كان ذلك في غير ملكه ويده ليس له ان يطلب شيئا
من الاجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه اليه حتي لو هلك قبل التسليم لا
يجب شيء من الاجر لانه اذا لم يكن في ملكه ولا يده يوقف وجوب الاجر فيه
علي الفراغ والاتمام وقال الحسن بن زياد اذا اراه موضعا من الصحراء جبر فيه
بيرا فهو بمنزلة ما هو في ملكه ويده وقال في اخر الكلام وهذا قياس قول
ابي حنيفة وقال محمد لا يكون قابضا الا بالتخلية وان اراه الموضع وهو
الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين لا يصير في يده فلا يصير عمل الاجير
بعضه والمستاجر قريب من العامل فتخلي الاجير بينه وبينه فقال المستاجر
لا اقبضه منك حتي تفرغ فله ذلك لان قدر ما عمله لا يصير مسلما اذا لم يكن
في ملك المستاجر ولا في يده لانه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان
للمستاجر ان يمتنع من التسليم حتي يتمه ولو استاجر لبنا ليضرب لبنا
في ملكه وفيما في يده لا يستحق الاجرة حتي يجف اللبن وينصبه في
قول ابي حنيفة وقال محمد حتي يجف وينصبه ويشرجه ولا خلاف
في انه اذا ضرب ولم يقمه انه لا يستحق الاجر لانه لم يقلبه عن مكانه
فهو واحد فمنوتينا وله اسم اللبن والخلاف بينهم يرجع الي هل يصير
قابضا له بالاقامة من تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلما اليه عندهما وعلي
قولهما لا يصير قابضا لم يشرح لان تمام العمل به حتي انه لو هلك
قبل النضج في قول ابي حنيفة قبل التشريج في قولهما فلا اجر له لانه
هلك قبل تمام العمل علي اختلاف الاصلين ولو هلك بعده فله الاجر لان العمل
قد تم فصار مسلما اليه لكونه في ملكه او في يده فهلاكه بعد ذلك لا يسقط
البدل وجه قولهما ان الامن علي الفساد يقع بالتشريج ولهذا جرت العادة
بين الناس ان اللبن هو الذي يشرج ليومن عليه الفساد فكان ذلك من
تمام العمل كاخراج الخبز من التنور ولابي حنيفة ان المستاجر له ضرب اللبن
ولما جف ونضج فقد وجد ما يتطلق عليه اسم اللبن وهو في ملكه او يده

فصار قابضا له فاما التسليم فعمل زايد لم يلتزمه العامل بمنزلة النقل من مكان
الى مكان فلا يلزمه ذلك وان كان ذلك في غير ملكه وبيده لا يستحق الاجرة حتى يسلمه
وهو ان يخلي الاجير بين الثوب وبين المستاجر لكن ذلك بعد ما نصب عند ابي
حنيفة وعندهما بعد ما شرجه وروى بن سماعه عن محمد في رجل استاجر
خباز ليخبز له قفيزا من دقيق بدرهم فخبز فاحترق الخبز في التنور
قبل ان يخرجه او الدقيق في التنور ثم اخذه ليخرجه فوقع من يده في التنور
فاحترق فلا اجرة له لانه هلك قبل تمام العمل لان عمل الخبز لا يتم الا با
لاخراج من التنور فلم يكن الاخراج خبزا فصار كالهلاك الثوب قبل ان
يتم قال ولو اخرجه من التنور ووضعه وهو خبز في منزل المستاجر فا
احترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة اما استحقاق
الاجرة فلانه فرغ من العمل باخراج الخبز من التنور وحصل مسلما الى المستاجر
لكونه في ملك المستاجر واما عدم وجوب الضمان فلان الهلاك من غير صنع
الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده واما على قول من يضمن الاجير
المشترك فانه ضامن له دقيقا مثل الدقيق الذي دفعه اليه ولا اجر له وان
شا ضمنه قيمة الخبز مخبوزا او اعطاه الاجر لان قبض الاجير قبض مضمون
عندهما فلا يبرا عن الضمان بوضعه في منزل مالكه وانما يبرا بالتسليم
كالغاصب واذا وجب عليه الضمان عندهما فصاحب الدقيق بالخيار
ان شا ضمنه دقيقا واسقط الاجر لانه لا يسلم اليه العمل وان شا ضمنه
خبزا فصار العمل مسلما اليه فوجب عليه الاجر قال ولا ضمنه القصب
ولا الملح لانه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان
عليه لا قيمة له لان القصب صار رمادا والملح صار ماء وكذلك الخياط يخيط له
في منزله قميصا فان خاط بعضه ولم يكن له اجر لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه
دون بعض فلا يلزم الاجرة الا بتمامه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة
في قول ابي حنيفة لان العمل حصل مسلما اليه لحصوله في ملكه واما على قولهما
فالعين مضمونة فلا يبرا عن ضمانها الا بتسليمها الى مالكها فاذا هلك الثوب

فان

فان شا ضمنه قيمته صحيحا ولا اجر له وان شا ضمن قيمة مخيطا وله الاجر
لما بينا وللمستاجر حمالا يحمل له دنا من السوق الى منزله فحمله حتى اذا بلغ باب
دار الذي استاجره كسره فلا ضمان على الحامل في قول ابي حنيفة وله الاجر وهو
على ما ذكرنا ان العمل اذا لم يلزه له اثر ظاهر في العين فكما وقع يجعل مسلما الى
رب المستاجر وذكر بن سماعه عن محمد رحمه الله في رجل دفع الى خياط ثوبا
ليخيطه بدرهم فمضى فخاط ثم جا رجل فغصبه قبل ان يقبضه رب الثوب
فلا اجر للخياط لان المنافع قبل التسليم لسقط بدلها ولا اجر للخياط على
ان يعيد لانه لما فرغ من العمل فقد استوفى العقد فلا يلزمه العمل ثانيا وان كان
الخياط هو الذي غصب الثوب فعليه ان يعيده لانه لما غصبه فقد فسخ المنافع
التي عملها فكانه لم يعمل راسا واذا افتقده الاجنبي فقد اتلف المنافع بد
ان يجب عليه الضمان وقالوا في الملاح اذا حمل الى موضع فزد السفينة
انسان فلا اجر للملاح وليس عليه ان يعيد السفينة فان كان الملاح هو
الذي زادها فله اعادة الحمل الى الموضع الذي شرط عليه لما قلنا وان كان
الموضع الذي وجبت اليد السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى
الملاح ان يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على قبضه ويكون له اجر مثله
فيما سار به هذا السير لانا لو جوزنا للملاح تسليمه في مكان لا ينتفع به
لتلف المال على صاحبه ولو كلفناه حمله بالاجر الى اقرب المواضع التي يمكن
القبض فيه فقد رعينا الحقين قالوا ولو اكتري بغلا الى موضع يركبه فلما
سار الى بعض الطريق جمح بدفزده الى موضعه الذي خرج منه فعليه
الكرا بقدر ما يسار لانه استوفى ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه الضمان
وقال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا يذهب الى
البصره فيجيء بعياله فذهب فوجد فلانا من العيال قد مات فجا من
بقي قال له من الاجرة بحسابه وعن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا
يذهب بكتاب له الى البصره الى فلان ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا قد
مات فرد الكتاب قال لا اجر له وهو قول ابي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب

اما المسئلة الاولى فلان مقصوده حمل العيال فاذا حمل بعضهم دون بعض كان له من
الاجر بحساب ما حمله واما المسئلة الثانية فوجه قول محمد ان الاجر مقابل بقطع
المسافة لا بحمل الكتاب لانه لا حمل له ولا مؤنة وقطع المسافة في الذهاب وقع
على الوجه المأمور به فيستحق حصته من الاجر وفي العود لم يقع على الوجه
المأمور به فيستحق حصته من الاجر فلا يجب له شيء ولهما ان المقصود من
حمل الكتاب اتصاله الى فلان ولم يوجد فلا يجب شيء على ان المقصود وان
كان نقل الكتاب لكنه اذا رده فقد نقص تلك المنافع فيبطل الاجر كالمؤاجر
ليحمل لهما الى البصرة الى فلان فحمله موجبه فقد مات فرده انه لا اجر
له لما قلنا كذا هذا والمستأجر في اجارة الدار وغيرها من العقار ان ينتفع بها
كيف شاء ما لم يسكن في وضع المتاع وان يسكن بنفسه لغيره وان يسكن غيره
بالاجارة والاعارة الا انه ليس له ان يحمل فيها حدادا ولا قصارا ولا طحانا
وحد ذلك مما يوهن البناء لما قلنا فيما تقدم ولو اجرها المستأجر باكثر من
الاجر الاولى فان كانت الثانية من خلاف الجنس الاول طاب له الزيادة
وان كانت من جنس الاولى لا تطيب له حتى تزيد في الدار زيادة من
حفر او بناء او تطيين او تجصيص فان لم يزد فيه شيئا فلا خير في الفضل
ويتصدق به لكن تجوز الاجارة اما جواز الاجارة فلا شك فيه لان الزيادة
في عقد لا تعتبر المساواة فيه بين البدل والمبدل لا يمنع صحة العقد وها هنا
كذلك فيصح العقد واما التصدق بالفضل اذا كانت الاجرة الثانية من
جنس الاولى فلان الفضل ربح ما لم يضمن لان المنافع لا تدخل في ضمان
المستأجر بدليل انه لو هلك للمستأجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان
الهلاك على المؤاجر وكذا لو غصبه غاصب فكان الزيادة ربح ما لم يضمن وقد
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان كان هناك زيادة كان الربح
في مقابلة الزيادة فيخرج من ان يكون ربحا ولو كنس البيت فلا يتغير ذلك
لانه ليس بزيادة فلا تطيب له زيادة الاجرة وكذا في اجارة الدابة اذا اراد ان
الدابة حوالقا او لجاما او ما اشبه ذلك يطيب له الفضل ولو استأجر دابة ليركبها

ليس له ان يركب غيره وان فعل ضمن وكذا اذا استأجر ثوبا ليلبسه ليس له
ان يلبس غيره وان فعل ضمن لان الناس متفاوتون في الركوب واللبس ولو
استأجر دابة ليركبها او ثوبا ليلبسه لا يجوز له ان يؤاجر غيره بالركوب
واللبس لما قلنا ولو باع المؤاجر الدار المستأجرة بعد ما اجرها من غير عذر
ذكر في الاصل ان البيع لا يجوز وذكر في بعض المواضع ان البيع موقوف وذكر في
بعضها ان البيع باطل والتوفيق ممكن لان معنى قوله لا يجوز اي لا ينفذ وهذا
لا يمنع التوقف وقوله باطل اي ليس له حكم ظاهر للحال وهو تفسير التو
قف
والصحيح الذي جاء في حق البائع والمشتري موقوف فيحق المستأجر
حتى اذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع وليس له ان يمتنع من الاخذ
وليس للبائع ان يمتنع من الاخذ وليس للبائع ان يأخذ المبيع من يد
المستأجر من غير اجارة البيع فان اجاز جاز وان ابى فللمشتري ان يفسخ
البيع ومتى فسخ لا يعود جائزا بعد انقضاء مدة الاجارة وهل يملك المشتري
فسخ هذا البيع ذكر في ظاهر الرواية انه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ
لا ينفسخ حتى اذا انقضت الاجارة كان للمشتري ان يأخذ الدار وروى
الطحاوي عن ابي حنيفة ومحمد ان له ان ينقض البيع واذا انقضت
لا يعود جائزا وروي عن ابي يوسف انه ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة
كالعيب فان كان المشتري عالما بها وقت الشراء وقت الاجارة لازمة
وان لم يكن عالما بها وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقض البيع لاجل العيب
وهو الاجارة وان شاء امضاه وهذا كله مذهب اصحابنا وقال الشافعي
البيع نافذ من غير اجارة المستأجر وجه قوله ان البيع صادف محله
لان الرقبة ملك المؤجر وانما حق المستأجر في المنفعة ومحل البيع العين
ولا حق للمستأجر فيها ولنا ان البائع عاجز قادر على تسليمه لتعلق
حق المستأجر به وحق الانسان يجب صيانته عن الابطال ما امكن
وامكن ها هنا بالتوقف في حقه فقلنا بالجواز في حق المشتري وبالتوقف
في حق المستأجر صيانة للحقين ورعاية للجانبين وعلى هذا اذا آجره ثم

ق

اقر بها الانسان ان اقراره ينفذ في حق نفسه ولا ينفذ في حق المستاجر بل
يتوقف الى ان تمضي مدة الاجارة فاذا مضت نفذ الاقرار في حقه ايضا ينتقض
بالدار للمقر له وهذا بخلاف ما اذا اجر داره من انسان ثم اجرها من غيره ان الا
جارة الثانية تكون موقوفة على اجارة المستاجر الاول فان اجازها جازت
وان ابطلها بطلت وها هنا ليس للمستاجر ان يبطل البيع ووجه الفرق
ان عقد الاجارة يقع على المنفعة اذ هو تمليك المنفعة والمنافع ملك المستاجر
الاول فتجوز باجازته وتبطل ببطلانه فاما الاقرار فانما يقع على العين
والعين ملك المؤاجر لكن للمستاجر فيها حق فاذا اقر لحقه ينفذ ثم للمستاجر
الاول اذا اجاز الاجارة الثانية حتى نفذت كانت الاجرة له لا لصاحب الدار
وفي البيع يكون الثمن لصاحب الملك ووجه الفرق على نحو ما ذكرنا ان
الاجارة وقعت على المنفعة وانها ملك المستاجر الاول فاذا اجاز كان
بدلها له فاما الثمن فانه بدل العين والعين ملك المؤجر فكان بدلها
له وبالاجارة لا ينفسخ عقد المستاجر الاول ما لم تمض مدة الاجارة الثانية
فاذا مضت فان كانت مدتهما واحدة انتقضت المدتان جميعا وان كانت
مدة الثاني اطول فللاول ان يسكن الدار حتى تتم المدة وكذا لو رهنها المؤجر
قبل انقضاء مدة الاجارة ان العقد جائز فيما بينه وبين المرتهن موقوف في حق
المستاجر لتعلق حقه بالمستاجر وله ان يحبس حتى تنقضي مدته وعلى هذا
بيع المرهون من الراهن انه جائز من البائع والمشتري موقوف في حق
المرتهن وله ان يحبسه حتى يستوفي ماله فاذا افتكها الراهن يجب عليه
تسليم الدار الى المشتري كما في الاجارة الا انها اذا اجاز المرتهن البيع حتى
جاز وسلم الدار الى المشتري فالثمن كله رهن عند المرتهن دائما مقام الدار
لان حق الحبس العين كان ثابتا له ما دامت في يده وبدل العين قائم مقام
العين فيثبت له حق حبسه وفرق القدوري بين الرهن والاجارة
فقال في الرهن للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستاجر ذلك لان حق
المستاجر في المنفعة لا في العين فكان الفسخ منه تصرفا في محل حق الغير لا لملكه

فاما



فاما حق المرتهن فمتعلق بغير المرهون الا ترى انه يصير به مستوفيا للدين
فكان الفسخ منه تصرفا في محل حقه فيملك والله اعلم والاخر ان يعمل بنفسه
واجرائه اذا لم يشترط عليه في العقد ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل
والانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره ولان عمل اجرائه يقع له فيصير
كانه عمل بنفسه الا اذا شرط عليه عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من
شخص معين والتعيين مفيد لان العمل متفاوت تتفاوت في العمل فيتعين فلا يجوز
تسليمها من شخص اخر من غير رضا المستاجر كمن استاجر جملا بعينه
للحمل لا يجبر على اخر غيره ولو استاجر على الحمل ولم يعين حملا كان المكاري
ان يسلم اليه اي حمل شاء كذا هذا وتطيين الدار واصلاح ميزابها
وما وهي من بنائها على رب الدار دون المستاجر لان الدار ملكه واصلاح
الملك على المالك للذي لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه
وللمستاجر ان يخرج ان لم يعمل الموجود ذلك لانه عيب بالمعقود عليه
والمالك على ازالة العيب عن ملكه لكن للمستاجر ان لا يرضى بالعيب
حتى لو كان استاجر وهي كذلك ورآها فلا خيار له لانه رضي بالمبيع المعيب
واصلاح بيوت الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان اصلا
من فعل المستاجر لما قلنا وقالوا في المستاجر اذا انقضت مدة الاجارة وفي
الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه حدث بفعله فصار كمتاع وضعه
فان كان امتلأ خلالها وعجز عنها من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله كالكناسة
والرماد الا انهم استحسنوا وجعلوا النقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة
بين الناس ان ما كان مدفونا في الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك
على العادة فان اصلح المستاجر شيئا من ذلك لم يحتسب له بما انفق لانه انفق
على ملك غيره بغير امره ولا ولاية له عليه فكان متبرعا وقبض المستاجر على
المؤجر حتى لو استاجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتا معلوما فمضى
الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بان يمضي بها اليه وعلى الذي اجرها
ان يقبض من منزل المستاجر لان المستاجر وان انتفع بالمستاجر لكن هذه المنفعة

انما حصلت له بعوض حصل للموجر فبقيت العين امانة في يده كالوديعة ولهذا
لا يلزمه بتفريطها فلم تكن عليه ردها كالوديعة حتى لو امسكها اياما فهلكت في
يده لم يضمن سواء طلب منه الموجر اولم يطلب لانه لم يلزمه الرد الى بيته بعد
الطلب فلم تكن مقدورا في الامساك فلا يضمن كالمودع اذا امتنع عن رد الوديعة
الى بيت المودع حتى هلكت وهذا بخلاف المستعار ان رده على المستعير لان
تفريغه على الخلوص فكان رده عليه لقوله عليه السلام الخراج بالضمان ولهذا
كانت نفقته عليه فكذا مؤنة الرد فان كان استأجرها من موضع مسمى
في المصر ذاهبا وجائيا فان كان على المستأجر ان يأتي بها ذلك الموضع الذي
قبضها فيه لان الرد واجب عليه بل لاجل المسافة التي تناولها العقد لان
عقد الاجارة لا ينتهي الا برده الى ذلك الموضع فان حملها الى منزله فامسكها
حتى عطبت ضمن قيمتها لانه تعدى في حملها الى غير موضع العقد فان
قال المستأجر اركبها من هذا الموضع الى موضع كذا وارجع الى منزلي فليس على
المستأجر ردها الى منزل الموجر لانه لما عاد الى منزله فقد انقضت الاجارة فبقيته
امانة في يده لم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزمه ردها كالوديعة وليس
للظير ان تأخذ صبيا اخر فترضعه مع الاول وان اخذت صبيا اخر فارضعته
مع الاول فقد اساءت واثمت اذا كانت قد اضرت بالصبي ولها الاجر على الاولين
والاجر بين اما الاثم فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع وقد ارضعت صبيين
فقد اضرت باحدهما لنقصان اللبن واما استحقاق الاجرة فلان الداخل
تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد وللمسترضع ان يستأجر ظئرا اخرى
لقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما
اتيتم بالمعروف ولا جناح على المسترضع مطلقا فان ارضعته الاخرى فلها
الاجر استحسانا والقياس ان لا يكون لها الاجر وجه القياس ان العقد
وقع على عملها فلا استحق الاجر لعمل غيرها كمن استأجر اجيرا ليعمل بنفسه
فامر غيره فعمل لم يستحق الاجر فلذا هذا وجه الاستحسان ارضاعها قد
يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره

ولان

ولان الثانية لما عملت بامر الاولى وقع عملها للاولى فصار كما لو عملت بنفسها
هذا اذا طلق فاما اذا فسد ذلك بنفسها ليس لها ان تسترضع اخرى
فارضعته لا تستحق الاجر كما قلنا في الاجارة على الاعمال وليس للمسترضع
ان يحبس الظئر في منزله اذا لم يشترط ذلك عليها وليس لها ان تأخذ الصبي الى
منزلها لان المكان لم يدخل تحت العقد وليس على الظئر ما يعالج به الصبيان
من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة وقد قالوا في توابع العقود
التي لا ذكر لها في العقود انها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا فيمن استأجر
رجلا ليضرب له لبنا ان الرسن والحبل على صاحب اللبن وهذا على عادتهم
وقالوا في الخياط ان السلوك عليه ان عادتهم جرت بذلك وقالوا في الدهن
الذي يصلح الخابز به الثوب انه على صاحب الثوب فان كان اهل البلد تعاملوا
على خلاف ذلك فهو على ما يتعاملون وقالوا فيمن استؤجر على حفر قبر ان
حفر اللحد على الثواب عليه ان كان اهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريح اللبن
على اللبان واخراج الخبز من التنور على الخباز لان ذلك من تمام العمل وقالوا
في الطباخ اذا استؤجر في عرس ان اخراج المرق عليه ولو طبخ قدرا خاصة فرقى
منها فله الاجر وليس عليه من اخراج المرق شيء وهو مبني على العادة تختلف
باختلاف العادة وقالوا فيمن استكرى دابة يحمل عليها حنطة الى منزله فلما
انتهى اليه اراد صاحب الحنطة ان يحمل المكاري ذلك فيدخله منزله وابى
المكاري قالوا قال ابو حنيفة عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه ولان
اراد ان يصعد بها الى السطح والغرفة فليس ذلك عليه الا ان يشترط ولو
كان حمالا على ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو
البيت الا ان يشترط واذا استكرى دابة فلا كاف على صاحب الدابة
فاما الجمال والجوالق فعلى ما تعارفه اهل الصنعة وكذلك البحار واما
السرج فعلى رب الدابة الا ان تكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على
ستهم وعلى هذا مسايل ولو التقط رجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فالاجرة عليه

وهو ممنوع في ذلك اما لزوم الاجرة اياه فلانه التزم
ذلك فيلزمه والمانع كونه منطوعا فيه فلا يلزمه لا ولاية له على اللقيط
فلا يملك ايجاب الدين في ذمته ورضاه على بيت المال لا يصير المال
لبيت المال واما الثاني وهو الذي يرجع الى صفة المستاجر
والمستاجر فيه فالكلام في موضعين احدهما في بيان صفة
المستاجر والمستاجر فيه والثاني في بيان ما يغير تلك الصفة
اما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان المستاجر امانة
امانة في يده المستاجر كالدار والدابة وعبد الخدمة وكخود لك حتى لو هلك
في يده بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الاجارة قبض مأذون فيه
فلا يكون مضمونا كقبض الوديعة والعارية وسواء كانت الاجارة صحيحة
او فاسدة لما قلنا واما المستاجر فيه كثوب القصارة والخياطة والمتاع المحمول
في السفينة او على الدابة او الجمال وكخود لك من الاجير لا يخلو اما ان
يكون مشتركا واما ان كان خاصا وهو المسمى باجير الوحد فان كان مشتركا
فهلك امانة في يده في قول ابي حنيفة والحسن بن زياد وهو احد قول
الشافعي حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن سواء هلك قبل العمل
او بعده وهو القياس وقال ابو يوسف ومحمد هو مضمون عليه
الا من حرق غالب او غرق غالب او لصوص مكابرين ولو احترق بيت
الاجير المشترك بسراج يضمن الاجير كذا روي عن محمد لان هذا
ليس بحريق غالب الذي يقدر على اتقدر اكه لو علم به لانه لو علم به
لاطفاه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم ان هلك قبل العمل يضمن
قيمته غير معمول ولا اجر له وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان
شاء ضمنه قيمته معمولا واعطاه الاجر حسابه وان شاء ضمنه قيمته غير
معمول ولا اجر له واحتجا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال على
اليد ما اخذت حتى تؤديه وقد عجز عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته

قايما

قايما مقامه وروي عن عمر رضي الله عنه كان يضمن الاجير المشترك
احتياطا لاموال الناس وهو معنى في المسئلة وهو ان هؤلاء الاجراء
الذين يسلم اليهم المال من غير شهود يخاف الخيانة منهم فلو علموا
انهم لا يضمنون لهلكت اموال الناس لانهم لا يعجزون عن دعوى
الهلاك وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب واللصوص
الغالبة ولابي حنيفة ان الاصل ان لا يجب الضمان الا على المتعدي لقوله
تعالى ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدي من الاجير
لانه مأذون في القبض والهلاك ليس بصنعه فلا يجب الضمان عليه ولهذا
لا يجب الضمان على المودع والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد
في باب الاجارة لا يجب على المستاجر فكان المراد منه الاعارة والغصب
وفعل عمر رضي الله عنه محتمل انه كان في بعض الاجراء وهو المتهم
بالخيانة وبه نقول ثم عندهما انما يجب الضمان على الاجير اذا هلك
في يده لان العين انما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة
فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا
في السفينة او راكبا على الدابة التي عليها الحمل فغلب الحمل من غير صنع
الاجير لا ضمان عليه لان المتاع في يد صاحبه وكذلك اذا كان صاحب
المتاع والمكاري راكبين على الدابة او سائقين او قائدين لان المتاع في
ايديهما فلم ينفرد الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد وروي بشر عن
ابي يوسف انه ان سرق المتاع من راس الحمال وصاحب المتاع يمشي معه
لا ضمان عليه لان المتاع لم يصر في يده حيث لم يحل صاحب المتاع
بينه وبين المتاع وقالوا في الطعام اذا كان في سفينتين وصاحبه في
احديهما وهما مقرونتان او غير مقرونتين الا ان سيرهما جميعا
فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده لانه هلك في يد صاحبه وكذلك
المطار اذا كان عليه حمولة وجب الحمولة على بعير فلا ضمان على الحمال
لان المتاع في يد صاحبه لانه هو الحافظ وروي بن سماعة عن ابي يوسف

في رجل استاجرهما ليحمل عليه زقا من الازقاء اسمن فحمله صاحب الزق والحمال
جميعا ليضماه على راس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه قال ابو يوسف
لا يضمن الحمال لانه لم يسلم الى الحمال بل هو في يده قال وان حمله الى
بيت صاحبه ثم انزله الحمال من راسه وصاحب الزق فوقع من ايديهما فا
لحمال ضامن وهو قول محمد الاول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لابي يوسف
ان المحمول دخل في ضمان الحمال بثبوت يده عليه فلا يبرا الا بالتسليم الى صا حب
فاذا اخطا جميعا فيد الحمال لم تزل فلا يزول الضمان لمحمد ان الشيء قد وصل
الى صاحبه بانزاله فخرج من ان يكون مضمونا كما لو حملاه الى بيت راس الحمال
فعلى هذا روى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفا يحمل فيه
او دفع الغلاف او دفع سيفا الى صقيل يصقله باجر او دفع الخفين
بعد فصالا قال محمد يضمن المصحف والغلاف والسيف والخفين لان
المصحف لا يستغني عن الغلاف والسيف لا يستغني عن الخفين فصارا
كشيء واحد قال فان اعطاه مصحفا يحمل له غلافا او سكينا يعمل له نصلا
فضاع المصحف او ضاع السكين لم يضمنه لانه لم يستاجره على ان
يعمل فيهما بل في غيرهما ولو اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال
الاجير رددت وانكر صاحبه فالقول قول الاجير في قول ابي حنيفة
لانه امين عنده في القبض والقول قول الامين ولكن لا يصدق في دفعه
الاجير وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل في ضمانه
عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة وان كان الاجير خاصا فانه في
يده يكون امانة في قولهم جميعا حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا
يضمن اما على اصل ابي حنيفة فلانه لم يوجد منه منع يحصل سببا
لوجوب الضمان لان القبض حصل بامر المالك واما على اصلهما فلان وجو
الضمان في الاجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لاموال الناس ولا
حاجة الى ذلك في الاجير الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال
فلا يمكنه الخيانة والله اعلم واما الثاني وهو بيان ما يغيره من صفة الامانة

الى

الى الضمان فالمغير له اشياء منها ترك الحفظ لان الاجير لما قبض المتاع
فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كما
اذا ترك المودع حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما نذكره في كتاب
الوديعة ومنها الاتلاف والافساد اذا كان الاجير متعديا فيه
بان لم يمتد ذلك او عنف في الدق سواء كان مشتركا او خاصا وان لم يكن متعديا
في الافساد بان فسد الثوب خطا بعمله من غير قصده فان كان الاجير
خاصا لا يضمن بالاجماع وان كان مشتركا كذلك عندهما اذا دق الثوب
فتخرق او القاه في البوره فاحترق او الملاح غرقت السفينة من عمله
وبحو ذلك فانه يضمن في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن
وهو احد قولي الشافعي وجه قول زفر ان الفساد حصل بعمل ماذون
فيه فلا يجب الضمان كالاجير الخاص والمعين والدليل على انه حصل
بعمل ماذون فيه انه حصل بالدق والدق ماذون فيه ولئن لم يكن
ماذونا فيه ولكنه لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لانه ليس
في وسعه الدق الصلح فاشبه الحجام والبزاغ ولان كان في وسعه لكنه
لانه لا يمكنه تحصيل الاخرج منفي فكان ملحقا بما ليس في الوسع
ولنا ان الماذون فيه هو الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضى
بافساد ماله ولا يلتزم الاجرة بمقابلة ذلك فبتقييد الامر بالمصلح
دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع بل في وسعه ذلك حالا
لاجتهاد في ذلك وهو بذل المجهود بالنظر في الة الدق ومحله وارسال
الدقة على المحل على عدد ما يحتمله الخرقة في الثقل والمهارة في الصنعة
وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد فاذا حصل دل انه قصر
كما نقول في الاجتهاد في امور الدين الا ان الخطا في حقوق العباد
ليس بعذر حتى يؤخذ الخاطي والناسي بالضمان وقوله لا يمكنه
التحرز عن الفساد الاخرج مسلم لكن الجرح انما يوثر في حقوق الله تعالى
بالاسقاط لما في حقوق العباد وعند افارق الحجام والبزاغ لان السلامة

والسرايد هنال مبنية على قوة الطبيعة وضمنها ولا يوقف على ذلك
بالاجتهاد فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط
السلامة واما الاجير الخاص فمثال ان وقع عمله افسادا حقيقة الا ان
عمله ملحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق الاجر بعمله بل بتسليم نفسه
في المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف الحمال اذا زلقت رجله في الطين
او عثر فسقط وفسد حمله او زحمه الناس حتى فسد لم يضمن
بالاجماع لانه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق
الغالب والغرق الغالب ولو كان الحمال هو الذي زاحم الناس
حتى انكسر يضمن عند اصحابنا الثلاثة وكذلك الرمي المشترك
اذا ساق الدواب على المشرعة فاز رحمن على البقطرة او على
الشط فرفع بعضها بعضها فسقط في الماء فعطب على هذا الخلاف
ولو تلفت دابة بسوقه او ضربه اياها فان ساق سوقا معتادا
او ضربا معتادا فعطب فعلى هذا الخلاف فهو على الاختلاف وان
ساق اوضرب سوقا وضربا بخلاف العادة يضمن بلا خلاف لان
ذلك اتلاف من طريق التعدي ثم اذا خرق الثوب من عمل الاجير
حتى ضمن لا يستحق الاجر لانه ما اوفى المنفعة بل المضرة
لان انما المنفعة بالعمل الصالح دون المفسد وفي الحمال اذا
وجب المتاع المحمول فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته
في الموضع الذي سلمه اليه وان شاء في الموضع الذي فسد
او هلك واعطاه الاجر الى ذلك الموضع وروي عن ابي حنيفة
انه لا خيار له بل يضمنه قيمة محموله في الموضع الذي فسد
اما التخيير على اصل ابي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان
التعدي والاتلاف فكان له ان يضمنه بالتعدي يوم التعدي وله ان يضمنه
بالاتلاف يوم الاتلاف واما على اصل ابي حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان
يجب بالاتلاف لا بالتعدي فكان لوجوب الضمان سببان واحد وهو

الاتلاف

الاتلاف فيجب ان يتخير فيختار يوم الاتلاف والاخيار له على ما روي
عنه والجواب عنه من وجهين احدهما انه وجدها هنا سببان لوجوب
الضمان احدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير بالعقد السابق
التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف
من اسباب وجوب الضمان فيثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان
شاء بالاتلاف والثاني انه لم يوجد منه ايفاء المنفعة في القدر التالف فقد
تعرفت عليه الصفقة في المنافع فيثبت للمخيار ان شاء مضى بحصتها
وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير ولو كان المستأجر على حمله
عبيدا صغارا او كبارا فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سيارته ولا فرق
ولا يضمن بنو ادم من وجه الاجارة ولا شبهة هذا المتاع لان ضمان
بني ادم ضمان جناية وضمان الجناية لا يجب بالعقد لان هذه
المسئلة على ان ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالافساد
والاتلاف لان ذلك يستوي فيه المتاع والادمي فان وجوب الضمان
فيه بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشر في نوادره عن ابي يوسف في القصار
اذا استأجر بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق فلا يدري من اي
الدقين تخرق وقد كان صحيحا قبل ان يدقاه قال على القصار نصف
القيمة وقال بن سماعة عن محمد ان الضمان كله على القصار حتى
يعلم انه تخرق من دق صاحبه او من دقهما محمد مر على اصلهما ان
الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض يقين فلا يخرج عن ضمانه
الا بيقين مثله وهو ان يعلم ان التخرق حصل بفعل غيره ولا يعلم
ان الفساد احتمل ان يكون من فعل القصار واحتمل ان يكون من فعل
صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار بكل حال ولا يجب في حال
فلزم اعتبار الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا في تلميذ الاجير
المشترك اذا اوطى على ثوب من القصارة فخرق قد يضمن لان وطي الثوب
غير مأذون فيه ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصارة

فالضمان على الاستاد ولا ضمان على التلميذ لان الذهاب والمجيء بالسراج
عمل ماذون فيه فينقل عمله الى الاستاد كانه عمله بنفسه فيجب الضمان
عليه ولو دق هذا الغلام ثوبا فانقلب الكوذين من يده فخرق
ثوبا من القصار فالضمان على الاستاد لان هذا من عمل القصارة
فكان مضافا الى الاستاد فان كان ثوبا وديعة عند الاستاد فالضمان
على الغلام لان عمله انما يضاف الى الاستاد فيما يملك تسليطه
واستعماله فيه وهو انما يملك ذلك في ثياب القصارة لا في
ثوب الوديعة فبقي مضافا اليه فيجب عليه الضمان كالاجنبي
وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة فاحرقه فالضمان
على الغلام وذكر في الاصل لو ان رجلا دعى قوما الى قومه فمشوا
على بساطه فتخرق لم يضمن وكذلك لو جلسوا على وسادته
لانه ماذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة
فالمتولد منه ما يكون مضمونا ولو وطئوا اتنه من الاواني
ضمنوا لان هذا مما لا يؤذن في وطئه وكذلك لو اوطئوا ثوبا
لا يبسط مثله ولو اقلبوا انا بايديهم فانكسر لم يضمنوا لان
ذلك عمل ماذون فيه ولو كان رجل منهم متقلدا سيفا فخرق
السيف الوسادة لم يضمن لانه ماذون في الجلوس على هذه الصفة
ولو جفف القصار ثوبا على حبل في الطريق فمرت عليه حمولة
فخرقته لا ضمان على القصار والضمان على سابق الحمولة
لان الجناية من السابق لان المشي في الطريق مقيد بشرط السلامة
فكان التالف مضافا اليه فكان الضمان عليه ولو تكاري رجل
دابة ليركبها فعطبت او كبحها بالمحام فاعطبها ذلك فانه ضامن
الا ان يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يستحسن ان لا يضمنه اذا لم يتعد في الضرب
المعتاد والكبح المعتاد ووجه قولهما ان ضرب الدابة

وكبحها

وكبحها معتاد متعارف والمشروط المعروف كالمشروط ولو شرط ذلك لا يضمن
كذا هنا ولابي حنيفة ان كل واحد منهما من الضرب والكبح غير ماذون
فيه لان العقد لا يوجب الاذن بذلك لامكان استيفاء المنافع بدونه فصار
كما لو كان ذلك من اجنبي على انا ان قلنا انه ماذون فيه لكنه مقيد بشرط
السلامة لانه ليفعله لمنفعة نفسه لكونه مخيرا فيه فاشبه ضربه للزوجة
ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على ان كونه ماذونا
فيه لا يمنع وجوب الضمان اذا كان مقيدا بشرط السلامة على ما ذكرنا
والله اعلم وسبب الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام فيه
ان الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد يكون في
الصفة وقد يكون في المكان وقد يكون في الزمان والخلاف من
هذه الوجوه قد يكون في استيجار الدواب وقد يكون في استيجار
الصناع كالحايك والصباغ والخياط اما خلاف المكان اما استيجار
الدواب فالمعتبر هو الخلاف في الجنس والقدر والصفة واستيجار
الدواب ضرر الدابة فان كان الخلاف فيه في الجنس ينظر ان
كان ضرر الدابة بالخفة والثقل يعتبر الخلاف في جهة الخفة
والثقل فان كان الضرر في الثاني اكثر يضمن كل القيمة اذا عطبت
الدابة لانه يصير غاصبا لكلها وان كان الضرر في الثاني مثل الضرر
في الاول او اقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشيء اذن بما هو مثله او
دونه فكان ماذونا في الانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن
وان كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه
آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وانما يعتبر من
ذلك الوجه لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وان كان الخلاف في القدر
والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر ويجب
الضمان بقدره لان الغصب يتحقق بذلك القدر وان كان الضرر فيه
من جهة اخرى لا تعتبر تلك الجهة في الضمان للخفة والثقل وان كان

الخلاف في الصفة وضرر الدابة يشتد مسلما ليعتبر الخلاف فيهما ويبني الضمان عليهما وبيان هذه الجملة في مسايل اذا استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لان الحنطة اثقل من الشعير وليست من جنسه فلم يكن ماذونا فيه اصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن قيمتها لان الحنطة اثقل من الشعير وليست من جنسه فلم يكن ماذونا فيه اصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليه فيضمن كل قيمتها ولا اجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا اجر على الغاصب اصلا لان المغصوبات تملك على اصل اصحابنا وذا يمنع وجوب الاجر عليه ولو استاجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا اخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لم يضمن وكذلك من استاجر ارضا ليزرع فيها لوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان في الاضرار بالارض الضرر وكذلك ان استاجر ليحمل عليها قدرا من حنطة فحمل عليها قدرا من شعير وكذا اذا استاجر ارضا ليزرع فيها ثوبا فزرع نوعا اخر ضرره اقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسان وهو قول اصحابنا الثلاثة والقياس ان يضمن وهو قول زفر لان الخلاف قد تحقق فتحققت الغصب ولنا ان الخلاف الى مثله او الى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافا معنى لان الثاني اذا كان مثله في الضرر كان الرضى بالاول رضى بالثاني واذا كان دونه في الضرر فاذا رضي بالاول كان بالثاني ارضى فصار كما لو استاجرها ليحمل عليها حنطة بنفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل او ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة انه لا يصير مخالفا لما قلنا كذا هذا ولو استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها احد عشر فان سلمت فعليه ما سمى من الاجر ولا ضمان عليه وان عطبت يضمن جزاء من احد عشر جزاء من قيمة الدابة وهذا قول عامة العلماء وقال زفر وابن ابي ليلى يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة

عليه

عليه التلف ولنا ان تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه ما ذون فيه وبعضه غير ما ذون فيه فينقسم الثقل عشرة اجزاء فيضمن لقدر ذلك ونظير هذا ما قال اصحابنا في حايط بين شريكين انهدم ما لاحد الطريق واشهد على احدهما دون الاخر يشتط الحايط على رجل فقتله فعلى الذي اشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحايط وثقل الحايط اثلاث كذا هذا وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وانما خالف في الزيادة وانما استوفيت من غير عقد فلا اجرة لها وكذا لو استاجر سفينة ليطرح عليها عشرة آلاف فطرح فيها احد عشر فغرقت السفينة انه يجب الضمان بقدر الزيادة عند هما عند عامة العلماء وعند زفر وابن ابي ليلى يضمن قيمة كل السفينة لان التلف حصل بسبب الزيادة فهي علة التلف الاثري انه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب ان هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل الا ترى ان الكر الزايد لو انفرد لما حصل التلف فثبت ان التلف حصل بالكل والبعض ما ذون فيه والبعض غير ما ذون فيه فما هلك بما هو ما ذون فيه لا ضمان عليه فيه وما هلك بما هو غير ما ذون فيه تقيد الضمان وصار كمسيلة الحايط ولو استاجر دابة ليحمل عليها ما ية رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا او اقل من وزنه فعطبت الدابة يضمن قيمتها لان ضرر الدابة ها هنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لان القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون انكى لظهر الدابة واعقر فلم يكن ما ذونا فيه فصار غاصبا فيضمن ولا اجر عليه لما قلنا وكذلك اذا استاجر ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبا او حشبا او اجرا او حديدا او حجارة او خزفا لان كل ما يكون انكى لظهر الدابة واعقر حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا اجر عليه لما قلنا ولو استاجرها ليركبها فحمل عليها او استاجرها ليحمل عليه فاركبها حتى عطبت ضمن لان الجنس اختلف وقد تكون القيمة في احدهما اكثر ولو استاجرها ليركبها فحمل عليها او استاجرها ليحمل عليها فاركبها حتى عطبت ضمن لان الجنس

اختلف وقد تكون القيمة في احدهما اكثر ولو استاجرها ليركبها
من هو مثله في الثقل او اخف ضمن لان الخلاف ليس من جهة الخفة
والثقل بل من حيث الخرق والعلم فان خفيف البدن اذا لم يحسن ركوب
يضرب الدابة والثقيل الذي يحسن الركوب لا يضربها فاذا تعطبت
علم ان التلف حصل من خرقه بالركوب فيضمن ولا اجر عليه لما قلنا
ولو استاجرها ليركبها بنفسه فاركب معه غيره فعطبت وهو ضامن
نصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ههنا لان تلف الدابة ليس من
فعل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار تلفها بركوبهما
بمنزلة تلفها بجراحتها وركوب احدهما مأذون فيه وركوب الاخر
غير مأذون فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كما لو خاط ابيض شريكين
الا ان اشهد على احدهما فوقعت منه اجرة فقتلت رجلا
فعلى الذي اشهد عليه نصف دية وان كان نصيبه من الخياطة
اقل من النصف لان التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة
اليسيرة كالكبيرة في حكم الضمان لمن جرح انسانا جراحة وجرحه
آخر الجراحتي فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين كذا
ههنا وعليه للاجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة على
ذلك غير ان الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر
هذا اذا كانت الدابة فطيقا اثنين فان كانت لا تطيقهما
فعليه جميع قيمتها لانه اتلفها باركاب غيره ولو استاجر
حمارا باكافه فنزع منه الاكافة واسرجه فعطبت فلا ضمان
عليه لان ضرر السرج اقل من ضرر الاكاف لانه ياخذ من ظهر
الدابة اقل مما ياخذ الاكاف ولو استاجر حمارا بسرج فنزع منه
السرج واركفه فاعطب فكذلك في الاصل انه يضمن لقدر ما زاد
الاكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر في الجامع الصغير
انه يضمن كل القيمة في قول ابي حنيفة وفي قولهما يضمن وفي قولهما

بحسب

بحسب الزيادة وجه قولهما ان الاكاف والسرج كل واحد منهما يركب به
عادة وانما يختلفان بالثقل والخفة لان الاكاف اثقل فيضمن بقدر الاثقل
كما اذا استاجره ليسرج فنزعه واسرجه بسرج اخف اثقل من الاول فعطب
انه يضمن بقدر الزيادة كذا هاهنا ولابي حنيفة ان الاكاف لا يخالف السرج
في الثقل انما يخالفه من وجه اخر وهذا انه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما يا
خذه السرج ولان الدابة التي لم تالف الاكاف يضرها الاكاف والخلاف
اذا لم يكن للثقل تاثير في جميع الضمان كما اذا حمل مكان القطن الحديد بخلاف
ما اذا ابدل السرج بسرج اخف اثقل منه او الاكاف باكاف اثقل منه لان
التفاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن بقدر الزيادة كما في الزيادة
على المقدرات بجنسها على ما مر ولو استاجر حمارا عاريا فاسرجه ثم
ركبه فعطب كان ضامنا لان السرج اثقل على الدابة وقيل هذا اذا
استاجره ليركبه خارج المصر وهو ممن عرض الناس ممن يركب في
المصر لبيع سرج فاما اذا استاجره ليركبه خارج المصر او هو من ذوي
المروءات لا يضمن لان للحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا كان
وكذا ذو المروءة فكان الاسراج مأذونا فيه دلالة فلا يضمن ولو
استاجر حمارا يسرجه فاسرجه بغير سرج فان كان سرجا يسرج
بمثله للحمر فلا ضمان عليه وان كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن
لان الثاني اذا كان مما يسرج بمثله الحمر لا يتفاوتان في الضرر
فكان الاذن باحدهما اذنا بالاخر دلالة واذا كان مما لا يسرج
بمثله الحمر لا يتفاوتان في الضرر لكان الاذن باحدهما اذنا بالاخر
دلالة واذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر فان كان سرجا كبيرا كسروج
البغال بحيث كان ضرره اكثر فكان ذلك اتلافا في الدابة فيضمن وكذلك
اذا لم يكن عليه لجام فالجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثل ذلك يلجم بمثل ذلك
ذلك اللجام وكذلك ان ابدله لان الحمار لا يتلف باصل اللجام فاذا كان الحمار
اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك قد يلجم بمثله او ابدله بمثله

فلم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن واما الخلاف في المكان
نحو ان يستاجر دابة للمركوب او الحمل الى مكان معلوم فجاوز ذلك
المكان وحكمه انه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستاجر في ضمانه
حتى لو عطب قبل العود الى المكان المأذون فيه يضمن كل القيمة ولو رد
الى المكان المأذون فيه هل يبرا عن الضمان كان ابو حنيفة اولا يقول
يبرا كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن ابان
من اصحابنا ثم رجع وقال لا يبرا حتى يسلمها الى صاحبها سليمة
وكذلك العارية بخلاف الوديعة وجه قوله الاول ان الشيء امانة
في يده الا ترى انه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت
يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فاشبه الوديعة
ولهذا لو هلك في يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق رجع
على المؤاجر كالمودع سوا بخلاف المستعير فانه لا يرجع وجه قوله
الاخر ان يد المستاجر يد نفسه لانه قبض الشيء لمنفعة نفسه فكانت
يده يد نفسه لا يد المؤاجر وكذا يد المستعير لما قلنا واذا كانت يده
يد نفسه فاذا ضمن بالتعدي لا يبرا من ضمانه الا برده الى صاحبه
لانه لا تكون الاعادة الى المكان المأذون فيه رد الى يد نائب المالك
فلا يبرا من الضمان بخلاف الوديعة لان يد المودع يد المالك لا يد نفسه
الا ترى انه لا ينتفع بالوديعة فكان العود الى الوفاق ردا الى نائب
المالك فكان ردا الى المالك فهو الفرق واما الرجوع على المؤجر بالضمان
فليس ذلك لكون يده يد المؤجر بل لانه صار مغرورا من جهته كالمشتري
اذا استحق المبيع من يده انه يرجع على البائع بسبب الغرور وكذا هذا
ولو استاجرها ليركبها الى مكان عينه فركبها الى مكان اخر يضمن
اذا هلكت وان كان الثاني اقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق
الى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا اجر عليه لما قلنا ولو ركبها
الى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق اخر ينظر ان كان الناس

يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه
يضمن اذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم يهلك
وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر
لو استاجرها ليركبها او ليحمل عليها الى مكان معلوم فذهب بها
ولم يركبها ولم يحمل شيأ فعليه الاجرة لانه سلم المنافع اليه بتسليم محلها
الى المكان المعلوم فصار كما لو استاجر دارا ليسكنها فسلم المفتاح اليه
فلم يسكن حتى مضت المدة انه تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو سلم
الدابة في الموضع الذي استاجرها اليه فان امسكها على قدر ما يمسكه
الناس الى ان ترتحل فهلكت فلا ضمان عليه لان حبس الدابة
ذلك القدر مستثنى عادة فكان مأذونا فيه دلالة وان حبس مقدار
ما لا يحبس مثله يومين او ثلاثة فعطب يضمن لانه خالف في المكان
بالامساك الخارج عن العادة فكان غاصبا فيضمن اذا هلك ولا
اجر عليه لما قلنا ولو لم يهلك فامسكها في بيته فلا اجر عليه لما مر
ان الاجر مقابلة بتسليم الدابة في جميع الطريق ولم يوجد بخلاف
ما اذا استاجرها عشرة ايام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى رد
يوم العاشر ان عليه الاجرة ويسع لصاحبها ان يأخذ ذلك وان كان
يعلم انه لم يركبها لان استحقاق الاجر في الاجارة على الوقت بالتسليم في
الوقت وقد وجد فتجب الاجرة كما في اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة
على المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم في جميع الطريق ولم يوجد
فلم تجب واما الخلاف في الزمان فنحو ان يستاجر الدابة ليركبها او ليحمل عليها
مدة معلومة فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت الدابة في يده ضمن لانه صار
بالانتفاع بما فيما وراء المدة المذكورة غاصبا واما استيجار الصناع من
الحائك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف ان كان في الجنس بان دفع
ثوبا الى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا اخر فصاحب الثوب بالخيار
ان شا ضمنه قيمة ثوب ابيض وسلم للاجير وان شا اخذ الثوب واعطاه

مازاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد اما خيار التضمين فلفوات
عوضه لان الاعراض تختلف باختلاف الالوان فله ان يضمنه قيمة
ثوب ابيض لتفويته عليه منفعة مقصوده فصار متلفا الثوب عليه
فكان له ان يضمنه وان شاء اخذ الثوب لان الضمان وجب حقا له فله
ان يسقط حقه ولا اجر له لانه لم يات بما وقع عليه العقد راسا
حيث لم يوف العمل المأذون فيه اصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب
اذا صبغ الثوب المغصوب ولبطيه مازاد الصبغ فيه ان كان الصبغ
مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لانه عين مال قائم بالثوب
فلا سبيل الى اخذه مجانا بل العوض فيأخذه ولبطيه مازاد الصبغ فيه
رعاية للجانبين ونظرا للجانبين كالغاصب وان كان الصبغ مما لا يزيد
كالسواد على اصل ابي حنيفة فاختار اخذ الثوب لا يعطيه شيئا بل
يضمنه نقصان الثوب في قول ابي حنيفة بناء على ان السواد لا قيمة له
عنده فلا يزيد بل ينقص وعندهما له قيمة فكان حكمه كحكم سائر الالوان
ولو استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها
لان الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان اذ الرطبة ليست لها نهاية
معلومة بخلاف الزرع وكذا الرطبة تضر بالارض ما لا يضر الزرع
فصار في الاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا اياها بل متلفا ولا اجر له
لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقال هشام عن محمد في رجل امر انسانا
بان ينقش في خاتمه اسمه فنقش اسم غيره انه يضمن الخاتم لانه
فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالمتلف اياه وقال
واذا امر رجلا ان يحمر له بيتا فحمر غيره قال محمد اعطيه ما زادت الحمرة
فيه ولا اجر له لانه لم يعمل ما استأجره عليه راسا فلا يستحق الاجرة ولكن
يستحق قيد الصبغ الذي زاد في البيت لامره ولو دفع الى خياط ثوبا
ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء سا فان شاء ضمنه قيمة الثوب
وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي لان القباء

والقميص

والقميص مختلفان في الانتفاع فصار مفوتا متلفة مقصودة فخا
قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله
لا يجاوز به ما سمي لان القباء والقميص مختلفان في الانتفاع فصار
مفوتا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله ان يضمنه
وله ان يأخذه ويعطيه اجر مثله لما قلنا وان كان الخلاف في الصفة نحو
ان دفع الى صباغ ثوبا ليصفه بصبغ سمي فصفه بصبغ آخر لكنه
من جنس ذلك اللون فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمته ابيض ويسلم
الثوب له وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي
اما ثبوت الخيار فلما ذكرنا في الخلاف في الجنس وانما وجب الاجر هاهنا
لان الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من ان يكون مقصودا عليه فقد اتى
باصل المعقود عليه الا انه لم يات بوصفه بالوصف المأذون فيه
لم تجب المسمى ومن حيث انه اتى بالاصل وجب اجر المثل ولا يجاوز
به المسمى لان هذا شأن اجر المثل لما تذكر وروى هشام عن محمد
فيمن دفع الى رجل شبها ليضرب له لبنة موصوفا معروفا
فضرب له كوزا قال ان شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل
وان شاء اخذه واعطاه اجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي لان العقد مع
على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه باصله وخالف
في الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا اذا دفع غزلا الى حائك
له نوبا صفيقا فحاكه نوبا رقيقا او شرط عليه ان يحوك له ثوبا رقيقا
فحاكه صفيقا ان صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وان
شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي وذكر في
الاصل اذا وقع حقه الى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف
فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه حقه غير منعل وان شاء اخذه و
اعطاه اجر مثله في عمله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمي وان كان ينعل
بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا اما ثبوت الخيار اذا انعله
بما لا ينعل بمثله الخفاف فلانه لم يات بالمأمور به راسا بل اتى بما لم يؤمر به

ابتدا فصار كالغاصب اذا انقل الخف المغصوب فكان للمالك ان يضمنه
كالغاصب وله ان ياخذ الخف لان ولاية التضمين ثبت لحق المالك
فاذا رضي بالاخذ كان له ذلك واذا اخذ اعطاه اجر مثله لانه ماذون
في العمل وقد اتى باصل العمل وانما خالف في الصفة فله ان يختاره ويعطيه
اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان ذلك بمقابلة عمل موصوف ولم يات
بالصفة ويعطيه ما زاد الفعل لانه عين مال قايم للخفاف فصار ممتزجا
الصبغ في الثوب وانما جعل الخيار في هذه المسايل الى صاحب الخف والثوب
لانه صاحب متبوع والعمل والصبغ تبع فكان اثبات الخيار لصاحب
الاصل اولى وان كان يعمل بمثله الخفاف فهو جايز وان لم يكن جيدا
لان الاذن يتناول ادنى ما عليه الاسم وقد وجد ولو شرط عليه
جيدا فاعمله بغير جيد فان شاء ضمنه الخف وان شاء اخذ الخف واعطاه
اجر مثله في عمله وقيمة ما زاد فيه لايجاوز به ما سمي لانه الردي
متحلس الجيد وثبت الخيار لفوات الوصف المشروط وان كان الخلاف
في القدر نحو ما ذكر محمد رحمه الله في الاصل في رجل دفع غزلا الى حايك
لينسج له سبعا في اربعة فخالف بالزيادة او النقصان فان خالف
بالزيادة على الاصل المذكور فان الرجل بالخيار ان شاء ضمنه مثل
غزله وسلم الثوب له وان شاء اخذ الثوب واعطاه الاجر المسمى
اما ثبوت الخيار فلانه لم يحصل له غرضه لان الزيادة في قدر الذرع
توجب نقصانا في الصفة وهي الصفاقة فيفوت غرضه فيثبت له الخيار
وان شاء ضمنه مثل غزله بتعديته عليه بتفويت منفعة مقصودة وان
شاء اخذه واعطاه الاجر الذي سماه لانه اتى باصل العمل الذي هو معقود
عليه وانما خالف في الصفة والخلاف في صفة العمل لا يخرج العمل من ان
يكون معقودا عليه كمن اشترى شيا فوجده معيبا حتى كان له ان
ياخذه مع العيب وان كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في
الاصل ان له ان ياخذه ويعطيه من الاجر بحسابه وذكر في رواية اخرى
ان عليه اجر المثل وجه هذه الرواية انه لما نقص في القدر فقد فوت

الفرض

الفرض المطلوب من الثوب فصار كانه عمل بحكم اجارة فاسدة
ليس فيها اجر مسمى وجه رواية الاصل ان العقد وقع على عمل مقدر
والمرئيات بالعقد كالموعد على نقل كر من طعام الى موضع كذا بدرهم
فنقل بعضه انه يستحق من الاجر بحسابه كذا هاهنا وان اوفاه
الوصف وهو الصفاقة والذرع وزاد فيه فقد روى هشام عن محمد
ان صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصباغ
وان شاء اخذ الثوب واعطاه المسمى ولا يزيد لما زرع الزايد شيا
اما ثبوت الخيار فلتغير الصفة ان الانسان قد يحتاج الى الثوب
القصير ولا يحتاج الى الطويل فيثبت له الخيار ولانه اذا زاد في طوله
فقد استكثر من الغزل فان اخذه فلا اجر له في الزيادة لانه متطوع
فيها حيث عملها لغير اذن صاحبها فكان متبرعا فلا يستحق الاجر
عليها وذكر في الاصل اذا اعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر وبمع
الهاشمي بدرهم فصبغه بثلثي عصفر واقترب الثوب بذلك
فان رب الثوب بالخيار ان شاء ضمن قيمة ثوبه وان شاء اخذ الثوب
واعطاه ما زاد العصفر فيه مع الاجر وذكر القدوري ان مشايخنا زادوا
فيه تفصيلا فقالوا ان هذا على وجهين ان كان صبغه اولا بربع الهاشمي
ثم صبغه بثلاثة ارباع القفيز فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه
قيمة ثوبه وان شاء اخذه واعطاه الاجر المسمى وما زاد لثلاثة ارباع
القفيز في الثوب لانه لما افرده بالصبغ الماذون فيه وهو ربع الهاشمي
فقد اوفى المعقود عليه فصار متعديا بالصبغ الثاني كانه غصب ثوبا
مصبوغا بعصفر بالربع ثم صبغه بثلاثة الارباع فيثبت له الخيار ان شاء
اخذ الثوب واعطاه المسمى لانه سلم الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمى
ويعطيه ما زاد الصبغ الثاني فيه لانه عين مال قايم للصباغ في الثوب وان
شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغا بربع القفيز ووجب الاجر لان الصبغ في
حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه لكن لم يكمل القبض فيه لانه لم يصل

الي يده فكان مقبوضا من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة
المقصوده وله ان يضمنه ويضمن الاجر وان كان صبغه ابتدا بقفيز فله
ما زاد الصبغ ولا اجر له لانه لم يوف بما لهل الماذون فيه فلم يحل المعقود
عليه فيصير كانه غصب ثوبا وغصبه بصفر وروي بن سماعة
عن محمد خلاف ذلك وهو ان له ان ياخذ الثوب ويغرم الاجر وما زاد الصفر
فيه بحتما كان او متفرقا لان الصبغ لا يتشرب في الثوب دفعة واحدة
بل شيئا فشيئا فيستوي فيه الاجتماع والافتراق واما الاجارة الفاسدة
وهي التي فاتها شرط من شرايط الصحة فحكمها الاصلي هو ثبوت الملك للمؤجر
في اجر المثل لا في المسمي بمقابلة استيفا المنافع المملوكة ملكا فاسدا
لان الموجر لم يرض باستيفا المنافع الا بعوض ولا وجه الي ايجاب المسمي
لفساد التسمية فيجب اجر المثل ولان الموجب الاصلي في عقود المعاوضات
هو القيمة لان معناها على المعادلة والقيمة هي العدل الا انها مجهولة
لانها تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها
الي المسمي عند صحة التسمية فاذا فسدت وجب المصير الي الموجب
الاصلي وهو اجر المثل ها هنا لانه قيمة المنافع المستوفاة الا انه لا يزاد
على المسمي في عقد فيه تسمية عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يزاد ويجب
بالغا ما بلغ بنا على ان المنافع عند اصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعا بانفسها
وانما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوما ها
الا بقدر المسمي فلو وجبت الزيادة على المسمي لوجبت بالعقد
بخلاف البيع الفاسد ان المبيع بيعا فاسدا مضمون بقيمته بالغة ما
بلغت لان الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها
فوجب كل قيمتها وفي قول زفر وهو احد الشافعي هي متقومة بما
تنسبها بمنزلة الاعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالاعيان هذا
اذا كان في العقد تسمية فاما اذا لم يكن فيه تسمية فانه يجب اجر المثل
بالغا ما بلغ بالاجماع لانه اذا لم يكن فيه تسمية والاجر لا يرضى باستيفا
المنافع بغير بدل كان ذلك تمليكا بالقيمة التي هي الموجب الاصلي دلالة

وكان

وكان تقويما للمنافع باجر المثل اذ هو قيمة المنافع في الحقيقة ولا يثبت في هذه ٥٠٠
الاجارة شئ من الاحكام التي هي من التوابع الا ما يتعلق بصفة المستاجر
له وفيه وهي كونه امانة في يد المستاجر حتى لو هلك لا بضمن المستاجر
لحصول الهلاك في قبض ماذون فيه من قبل الموجر واما الاجارة الباطلة
وهي التي فاتها شرط من شرايط الانعقاد فلا حكم لها راسا لان ما لا
ينعقد فوجوده في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تسمية الباطل
من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه والله اعلم

فصل

واما حكم اختلاف العاقدين في عقد الاجارة فان اختلفا في مقدار البدل
والمبدل والاجارة وقعت صحيحة بنظر ان كان اختلافهما قبل استيفا
المنافع مخالفا لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا والاجارة نوع بيع فسننا ولما الحديث والرواية الاخرى
وهي قوله والسلعة قائمة بعينها تتناول بعض انواع الاجارة وهو
ما اذا وقع عينا بمنفعته واختلفا فيهما واذا ثبت التحالف في نوع ما الحديث
ثبت في الانواع كلها لانسجام الاجماع لان احدا لا يفصل بينهما ولان التحالف
قبل استيفا المنفعة موافق للاصول لان اليمين في اصول الشرع على المنكر
وكل واحد منهما مدع من وجه ومنكر من وجه اذ المؤاجر يدعي على المستاجر
زيادة الاجر والمستاجر منكر والمستاجر يدعي على الموجر وجوب تسليم
الموجر ما يدعي من الاجرة والموجر منكر فكان كل واحد منهما منكرا من
وجه واليمين وظيفة المنكر في اصول الشرع ولهذا جرى التحالف قبل
القبض في بيع العين والتحالف ها هنا قبل القبض لانهما اختلفا قبل
استيفا المنفعة ثم ان كان الاختلاف في قدر البدل يبدا بيمين المستاجر
لانه منكر وجوب الاجرة الزايدة وان كان في قدر المبدل يبدا بيمين الموجر
لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة واذا تحالفا يفسخ وايهما نكل
لزمه دعوى صاحبه لان النكول بدل او اقرار والبدل والمبدل كل واحد
منهما يحتمل البدل والاقرار وايهما اقام البينة تقضى ببينته لان الدعوى

لا تقابل للحجة وان اقاما جميعا البينة فان كان الاختلاف في البدل فبينة
المواجر اولي لانها تثبت زيادة الاجرة وان كان الاختلاف في المبدل
فبينة المستاجر اولي لانها تثبت زيادة للمنفعة فان ادعي الموجر فضلا فيما يستحقه
من الاجر وادعي المستاجر فضلا فيما يستحق من المنفعة بان قال الموجر اجرتك
هذه الدابة الي القصر بعشرة وقال المستاجر الي الكوفة بخمسة او قال الموجر
اجرتك شهرا بعشرة وقال المستاجر شهرين بخمسة فالامر في
التحالف والنكول واقامة احدهما البينة علي ما ذكرنا وان اقاما
جميعا البينة علي ما ذكرنا وان اقاما جميعا البينة قبلت بينة
كل واحد منهما علي الفضل الذي يستحقه بعقد الاجارة فيكون
الي الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة لان بينة كل واحد منهما وتثبت
زيادة لان بينة الموجر تثبت زيادة الاجر وبينة المستاجر
تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل واحد منهما علي الزيادة التي
تثبتها وان كان اختلافهما بعد ما استوفي المستاجر بعض المنفعة
بان سكن الدار المستاجرة بعض المدة او ركب الدابة المستاجرة
بعض المسافة ثم اختلفا فالقول قول المستاجر فيما مضي مع
يمينه ويتحالفان وتفسخ الاجارة فيما بقي لان العقد علي المنافع
ساعة فساعة علي حسب حدوثها شيأ فشيأ فكان كل جزء من
اجزاء المنفعة معقودا عليه مبتدأ فكان ما بقي من المدة او المسافة
منفردا بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع
علي قول ابي حنيفة انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد علي
جملة واحدة وهي العين القائمة للحال وهي جزء من المبيع ليس
بمعقود عليه مبتدأ انما الجملة معقود عليها بعقد واحد فاذا انعقد
الفسخ في قدر الهالك سقط في الباقي وان كان اختلافهما بعض
مضي وقت الاجارة او بعد بلوغ المسافة التي استاجر اليها يتحالفان
فيه والقول قول المستاجر في مقدار البدل مع يمينه ولا يمين علي الموجر

لان

لان التحالف يثبت الفسخ والمنافع المتعقبة لا تحتمل فسخ العقد فلا
يثبت التحالف وهذا علي اصل ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان قيام المبيع
في باب البيع شرط جريان التحالف حتي لا يثبت التحالف في المبيع الهالك
والمنافع ها هنا هالكة فلا يثبت فيها التحالف واما محمد فيحتاج الي الفرق
بين البيع والهالك وبين المنافع الهالكة ووجه الفرق له ان المنافع
غير متقومة بانفسها علي ما قلنا وانما تتقوم بالعقد فاذا فسخت الاجارة
بالتحالف بقي المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف
بخلاف الاعيان فانها متقومة بانفسها فاذا فسخ البيع بالتحالف يبقي المبيع
متقوما بنفسه في يد المشتري فيجب عليه قيمته وانما كان القول قول
المستاجر لانه المستحق عليه والحلاف متي وقع في الاستحقاق كان القول قول
المستاجر عليه والله اعلم وان كان الاختلاف في جنس الاجرة بان قال المستاجر
استاجرتها هذه الدابة الي موضع هكذا بعشرة دراهم وقال الاخر بدينار
فالحكم في التحالف والنكول واقامة احدهما البينة ما وصفنا فان اقاما
جميعا البينة فالبينة بينة الموجر لانها تثبت الاجرة حقاله وبينة
المستاجر تثبت الاجر حقا فكانت بينة الموجر اولي بالقبول ولو اختلفا
فقال الموجر اجرتك هذه الدابة الي القصر بدينار وقال المستاجر الي
الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهي الي الكوفة بدينار وخمسة
دراهم لان الاختلاف الي القصر بدينار ثم المستاجر يدعي من القصر
الي الكوفة بخمسة لان القصر نصف الطريق والموجر يجحد هذه الاجارة
فالبينة المثبتة للاجارة اولي من النافية وقد روي بن سماعة عن
ابي يوسف في رجل استاجر من رجل دارا سنة فاختلفا فاقام المستاجر البينة
انه استاجرها احد عشر شهرا منها بدرهم وشهرا بتسعة واقام رب الدار
البينة انه اجرها بعشرة قال فاني اخذ بينة رب الدار لانه يدعي فضل اجرة
اجرة في احد عشر شهرا وقد اقام علي ذلك بينة فتقبل بينته فاما الشهر
الثاني عشر فقد اقر المستاجر للموجر فيه بفضل الاجرة فيما ادعي فان

الدار ح

صدوقه على ذلك والاسقط الفضل بتكذيبه ولو اختلف الخياط ورب الثوب
مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب وان شاء رب الثوب اخذ الثوب
واعطاه اجر مثله وقال ابن ابي ليلى القول للخياط مع يمينه واختلف قول الشافعي
فقال في موضع مثل قولهما وفي موضع قال بتجالفان فاذا حلفا سقط
الضمان عن الخياط وسقط الاجر وجه قول ابن ابي ليلى ان صاحب الثوب
اقر بالاذن بالقطع غير انه يدعي زيادة صفة توجب الضمان وبسقط
والخياط ينكر فكان القول قوله ولنا ان الاذن يستفاد من قبل صاحب
الثوب فكان القول له في صفة الاذن قوله ولهذا لو وقع الخلاف في صفة
الاذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم اذن بالقطع كان القول قوله فكذا
اذا قال لم اذن بقطعه قميصا وقد خرج الجواب على ما ذكره ابن ابي ليلى
لان المأذون فيه قطع القبا لا مطلق القطع ولا معنى لاحد قولي الشافعي لان
التحالف وضع للفسخ ولا يمكن الفسخ ها هنا فلا يثبت التحالف ولان صاحب
يدعي على الخياط الغصب والخياط يدعي الاجر وذلك لا يثبت فيه تحالف
وانما كان له تضمين الخياط قيمة الثوب لان صاحب الثوب لما حلف على
دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة المأذون فيها
متصرفا في ملك غيره بغير اذنه فصار متلفا الثوب عليه فيضمن قيمته
وان شاء رب الثوب اخذ الثوب واعطاه اجر مثله ما اختيارا اخذ الثوب
فلانه اتى بأصل المعقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به
واعطاه اجر المثل لا المسمى لانه لم يأت بالمأمور به على الوصف الذي امر
به وطريقة اخرى لبعض مشايخنا ان منفعة القبا والقميص متفاوتة
لانه يمكن ان ينتفع بالقبا انتفاع القميص بان يشد وسطه وازراره
وانما يفوت بعض الاغراض فقد وجد بعض الاغراض فقد وجد المعقود
عليه مع العيب فيستحق الاجر حتى قالوا لو قطعه سراويلا لم تجب الاجرة
لاختلاف منفعة القبا والسراويل فلم يأت بالمعقود عليه راسا قال القدوري
والرواية بخلاف هذا فان هشاما روى عن محمد في رجل دفع شيئا ليضربه
لهشام موصوفا معروفا فضربه كوزا ان صاحبه بالخيار وان شاء ضمنه مثل

شبهه والكوز للعامل وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي
في السراويل يجب ان يكون كذلك ووجهه ما مر ان العقد وقع على الضرب
والصياغة صفة فقد وافق في اصل المعقود عليه وخالف في الصفة فيثبت
للمستعمل الخيار وروى بن سماعة وبشر عن ابي يوسف في رجل امر رجلا
ان ينزع له طرشا متاكلا فنزع ضرسا متاكلا فقال الامر امرك لغير هذا
بهذا الاجر وقال المأمور امرتني بالذي نزعت فان ابا حنيفة قال في
ذلك القول قول الامر مع يمينه لما بينا ان الامر يستفاد من قبله خاصة
فكان القول في المأمور به قوله وذكر في الاصل في رجل دفع الى صباغ
ثوبا ليصبغه احمر فصبغه احمر على ما وصفه له بالعصفر ثم اختلفا
في الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين فان
قامت لهما بينة اخذت بينة الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب
وان لم تقم لهما بينة فاني انظر الى ما زاد العصفر في قيمة الثوب فان
كان درهما او اكثر اعطيته وان لم تقم لهما بينة فاني انظر الى ما زاد العصفر
في قيمة الثوب فان كان درهما او اكثر اعطيته درهما بعد ان يحلف الصباغ
ما صبغته بدانقين وان كان ما زاد في الثوب من العصفر اقل من دانقين
اعطيته دانقين بعد ان يحلف صاحب الثوب ما صبغته الا بدانقين اما اذا
قامت لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة اجرة فكانت اولى بل
لتقبل واما اذا لم تقم لهما بينة فلان ما زاد العصفر في قيمة الثوب
اذا كان درهما او اكثر فالظاهر شاهد للصباغ الا انه لا يزاد على
درهم لانه رضي بستوطة الزيادة واذا كان ما زاد العصفر دانقين كان
الظاهر شاهدا لرب الثوب الا ان ينقص من دانقين لانه رضي بذلك
وان كان يزيد في الثوب نصف درهم قال اعطيت الصباغ ذلك بعد
ان يحلف ما صبغته بدانقين لما ذكرنا ان الدعوى اذا سقطت
للتعارض يحكم الصبغ فوجب قيمة الصبغ وهذا بخلاف القصار مع رب
الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر ولا بينة لهما ان القول قول رب الثوب

مع يمينه وكذلك كل صبغ له قيمة فان كان الصبغ اسود فالقول قول رب
الثوب مع يمينه على اصل ابي حنيفة ان السواد ينقصان عنده وكذلك كل صبغ
ينقص الثوب لانه تعذر القضاء بالدعوى للتعارض ولا سبيل الى الرجوع
الى قيمة الصبغ لانه لا قيمة له فيرجع الى قول المستحق عليه ولو اختلف الصباغ
ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك بالعصفر وقال الصباغ بالزعفران
فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعا لان الاذن يستفاد من قبله
ومن هذا النوع ما اذا امر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا
فقال في الاصل في رجل دفع غزلا الى حائك ينسجه ثوبا وامره ان يزيد
في الغزل رطلا من عنده مثل غزله على ان يعطيه ثمن الغزل واجرة
الثوب دراهم مسماة فاختلفا بعد الفراغ من الثوب فقال الحائك
قد زدت وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه
على علمه انه يمين على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه
مثل الغزل لان النكول حجة يقضي بها في هذا الباب فان اقام الصانع
بينة قبلت بينة ولو اتفقا ان غزل المستعمل كان هذا وقال الصانع
قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب فوجد زايدا على ما دفع اليه زيادة لا
يعلم ان مثلها يكون من الرقيق وادعى رب الثوب ان الزيادة من الرقيق
فالقول قول الصانع لان رب الثوب يدعي خلاف الظاهر وان كان
الثوب مستهلكا قبل ان يعلم وزنه ولم تقم المستعمل ان فيه ما قال
الصانع فالقول قول رب الثوب لان الصانع يدعي عليه الضمان والاصل
ظاهر ليشهد له ها هنا فلم تقبل قوله وقال هشام عن محمد في رجل دفع
الى صانع عشرة دراهم فضة وقال زد عليها درهمين قرضا علي نفسه
قلبا واجرك درهم فصاغه وجاء بخمسة فاختلفا فقال الصانع قد
زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم تزد شيئا قال محمد يتحالفان
ثم الصانع بالخيار ان شاء دفع اليه القلب واخذ منه اجرة بخمسة
دراهم وان شاء دفع اليه عشرة دراهم فضة واخذ القلب لانه يدعي

على الصانع استحقاق القلب بغير شيء وهو منكر فيستحلف وان ابطل دعوى
الصانع في القلب على ان الوزن عشرة وانا يد لرب الصانع القلب للصانع درهما لصياغة
اثني عشر درهما فاذا لم تثبت الزيادة لزمه للعشرة خمسة دوانيق وانما كان
للصانع ان يحبس القلب ويعطي صاحب القلب مثل وقفيزه لان عنده ان الزيادة
ثابتة وانه يتضرر ببطلان حقه عنها من غير عوض للفوات فله ان يحبس استحسانا
بغير رضاه ولا ضرر على صاحب القلب لانه وصل اليه مثل حقه قال ابن سماعة عن محمد
في رجل دفع الى نداف ثوبا وقطنا يندفه وامره ان يزيد من عنده ما راى ثم
ان صاحب الثوب اتاه وقد ندف على الثوب عشرين استارا من قطن فاختلفا
فقال صاحب الثوب وقفت اليك خمسة عشر استارا من قطني وامرتك ان تزيد
عليه عشرة وينقص ان رايت فلم تزد الا خمسة اسايير وقال النداف وقفت
الي عشرة وامرتني ان ازيد عشرة وزدتها فالقول قول النداف وعلى صاحب
الثوب ان يدفع اليه عشرة اسايير من قطن كما ادعى لان صاحب الثوب
لا يدعي على النداف مخالفة ما امره به وانما يدعي انه دفع اليه خمسة عشر
استارا فكان القول قول النداف في مقداره فبقي العشرة زيادة فيضمنها
صاحب الثوب وان كان صاحب الثوب قال وقفت اليك خمسة عشر
وامرتك ان تزيد عليه خمسة عشر وقال النداف وقفت الي عشرة وامرتني
ان ازيد عليه عشرة وزدت عليه عشرة فصاحب الثوب في هذا بالخيار ان شاء
ان شاء صدقه ودفع اليه عشرة اسايير واخذ ثوبه وان شاء اخذ قيمة
ثوبه ومثل عشرة اسايير قطن وكان الثوب للنداف لان النداف يزعم انه
فعل ما امره به وصاحب الثوب يدعي الخلاف فكان القول قوله فيما امره به والقول
قول النداف في مقدارها فبقي وقال بشر عن ابي يوسف في رجل اعطى رجلا ثوبا
ليقطعه قبا محشوا ودفع اليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه
واتفقا على العمل والاجر وان الثوب لرب الثوب والقطن وقطعه غير ان
رب الثوب قال البطانة ليست بطانتي فان القول في ذلك قول الخياط مع
يمينه البتة ان هذه بطانته ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب ان ياخذ

فيلبسهما لان البطانة امانة في يد الخياط فكان القول قوله فيهما ثم اذا كانت
بطانة صاحب الثوب حل له لبسهما وان كانت غيرها فقد رضي للخياط بدفعها
اليه بدل بطانته فحل له لبسهما وروي بشر بن سماعة عن ابي يوسف فيمن
اعطى حمالا متاعا ليحمله من موضع الى موضع باجر معلوم فحمله ثم
اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال الحمال هو متاعك فالقول
قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يكون على الامر الا جر الا ان يصدقه
ويأخذه لان المتاع امانة في يد الحمال فكان القول قوله ولا يلزم صاحب
المتاع الاجر لانه لم يعترف باستيفاء المنافع فان صدقه فقد رجع عن
قوله فوجب عليه الاجر قال والنوع الواحد والنوعان سواء الا انه
في النوع الواحد افحش واقبح بريد بهذا ذا حمله طعاما او زيتا
فقال الاجير هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامي
اجود من هذا يفحش ان يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل
رب الاجر ويحسن ان يكون القول قول الحمال ويأخذ الاجر فان وقع
فاما اذا كان نوعين مختلفين فان جاء بشعير وقال رب الطعام كان
طعامي حنطة فلا اجر للحمال حتى يصدقه ويأخذه وانما قال يفحش في الجنس
الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام ان يأخذ العين عوضا
عن طعامه لان المثل قد بدل له ذلك فاذا حصل العوض سلم له المنفعة فاما
في النوعين فلا يسعه ان يأخذ النوع الآخر الا بالتراضي بالبيع فاذا لم يصدقه
لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع والمستأجر في اصل الاجر كالنساج
والقصار والخفاف والصباغ فقال رب الثوب والخف عملته لي بغير شيء
وقال الصانع لا بل عملته باجر فيه كذا درهم او اختلف رب الدار مع المستأجر
فقال رب الدار اجرتها منك بدرهم وقال الساكن بل سكنتها عارية فالقول
قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار في قول ابي حنيفة مع يمينه ولا اجر
عليه وقال ابو يوسف ان كان الرجل حرفة فعليه الاجر والا فلا وقال محمد
ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب للعمل فالقول قول

صاحبه

صاحبه وعلى هذا الخلاف اذا اتفقا على انهما لم يشترطا الاجر لكن الصانع
قال اني عملت بالاجر وقال رب الثوب لذلك دليل على انه لا يعمل الا
بالاجرة وكذا اذا كان حرفته فكان للمعقود عليه موجود دلالة والثابت
دلالة كالثابت نصا ولابي حنيفة ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد
ولم يوجد اما اذا اتفقا على انهما لم يشترطا الاجر فظاهر وكذا اذا اختلفا
في الشرط لان العقد لا يثبت مع الاختلاف المتعارض فلا يجب الاجر ثم ان
كان في المصنوع عين قائمة كالصبغ الذي يزيد والغزل يلزم رب
الثوب والخف للصانع ما زاد الصبغ والغزل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا
والله اعلم **فصل** واما بيان ما ينتهي به عقد الاجارة فعقد الاجارة
ينتهي بأشياء منها الاقالة لانه معاوضة المال بالمال فكان محتملا للاقالة
كالبيع ومنها موت من وقع له الاجارة الا بعذر عندنا وعند الشافعي لا تبطل
بالموت كبيع العين والكلام فيه مبني على اصل ذكرناه في كيفية انعقاد هذا العقد
وهو ان الاجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا
فشيئا واذا كان كذلك فما حدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها الموروث
لعدمها والملك صفة الموجود لا للمعدوم فلا يملكها الوارث اذ الوارث
انما يملك ما كان على ملك الموروث فما لم يملكه لا يستحيل ان يتلقه بخلاف بيع
العين لان العين مال قائم فينفسد ملكه للوارث الى وقت الموت فجاز ان يستحق
عند الى الوارث ولان المنافع لا تملك الا بالعقد وما حدث منها في يد
الوارث لم يعقد عليه اصلا لانه كان معدوما حال حياة الموروث
وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة للحال كالاعيان القائمة فاشبه
بيع العين فالبيع لا يبطل بموت احد المتبايعين كذا الاجارة وعلى هذا
يخرج ما اذا اجر رجلان دارا من رجل ثم مات احد الموجرين ان الاجارة
تبطل في نصيبه عندنا وتبقى في نصيب الحي على حالها لان هذا شيوع طارئ
والله لا يؤثر في العقد في الروايات المشهورة لما بينا فيما تقدم وكذلك لو استأجر
رجلان من رجل دارا فمات احد المستأجرين وان وصي الوارث بالبقاء على العقد

ورضي العاقد ايضا جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدا ولو مات الوكيل
او العقد لا تبطل الاجارة لان العقد لم يقع له وانما هو عاقد وكذا لو مات الاب
او الوصي لما قلنا وكذا لو مات اب الصبي في استيجار الظئر لا تنتقض
الاجارة لان الاجارة وقعت للصبي والظئر وهما قائمان ولو ماتت الظئر
انتقضت الاجارة وكذا لو مات الصبي لان كل واحد منهما مقصود له والا
ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد وانما كان كذلك
لان استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد
لان من وقع له ان كان هو الموجر فالعقد يقتضي استيفاء المنافع
من ملكه ولو تقتضاه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره
وهذا خلاف مقتضى العقد وان كان هو المستاجر فالعقد يقتضي
استحقاق الاجرة من ماله ولو بقينا العقد بعد موته لاستحقت الاجرة
من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما اذا مات من لم يقع
العقد له كالوكيل ونحوه لان العقد هناك لا يقع ليقتضي استحقاق المنافع
ولا استحقاق الاجرة من ملكه فلا يبقى العقد بعد موته لا يوجب تغيير
موجب العقد وكذلك الولي في الوقف اذا عقد ثم مات لا تنتقض الاجارة
لان العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه ولو استاجر دارا الى مكة فمات
الموجر في بعض المفازة فله ان يركبها او يحمل عليها الى مكة او الى
اقرب الاماكن من المصر لان الحكم ببطلان الاجارة هاهنا يؤدي
الى الضرر بالمستاجر لما فيه من تقريض ماله ونفسه للتلف فجعل ذلك
عذرا في انها الاجارة هذا معنى قولهم ان الاجارة كما تنفسخ بالعذر تبقى
بالعذر وقالوا فيمن اكترى دارا الى مكة لو الى اقرب الاماكن من المصر
لان الحكم ببطلان الاجارة هاهنا يؤدي الى الضرر بالمستاجر لما فيه
من تقريض ماله ونفسه للتلف فجعل ذلك عذرا في انها الاجارة هذا
معنى قولهم ان الاجارة كما تنفسخ بالعذر تبقى بالعذر وقالوا فيمن
اكترى دارا الى مكة ذاهبا وجائيا فمات الحمال في بعض الطريق فللمستاجر

ان

ان يركبها الى مكة او يحمل عليها وعليه المسمى لان الحكم بانفساخ الاجارة
في الطريق للحاق الضرر بالمستاجر لانه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه
والحاق الضرر بالورثة اذا كانوا غيبا لان المنافع تفوت من غير عوض
فكان في استيفاء العقد نظر من الجانبين فاذا وصل الى مكة رفع الامر الى
الحاكم لانه لا ضرر عليه في فسخ الاجارة عند ذلك لانه يقدر على الاستيجار
من حمال آخر ثم ينظر الحاكم في الاصلح فان راى بيع الحمال وحفظ الثمن
اصلح للورثة فعل ذلك وان راى امضاء الاجارة الى الكوفة اصلح
للورثة فعل ذلك لانه نصب ناظرا محتاطا وقد يكون احد الامرين
احوط فيختار ذلك فالوا والافضل اذا كان المستاجر ثقة ان يمضي
القاضي بنيته عليها وقضاه من تمامها لان الاجارة اذا انفسخت
فللمستاجر امساك العين حتى يستوفي جميع الاجر وقام القاضي
مقام الغايب فينصب له خصما ويسمع عليه البينة ولو مات احد
ممن وقع له عقد الاجارة قبل انقضاء المدة وفي الارض المستاجرة زرع
لم يستحصد يترك ذلك في الارض الى ان يستحصد ويكون على المستا جر
او على ورثته ما سمي من الاجر لان بالحكم بالانفساخ وقلع الزرع
ضررا بالمستاجر وفي الابقاء من غير عوض ضرر بالوارث وعليهما
توفير الحقين من غير ضرر بهما الزرع الى ان يستحصد بالاجر فيجب
القول به وانما وجب المسمى استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل
لان العقد انفسخ حقيقة وانما بقيناه حكما فاشبه شبهة العقد واستيفا
المنافع بشبهة العقد فوجب اجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة
وجه الاستحسان ان التسمية تناولت هذه المدة فاذا استحق الضرر
الى الترك بعوض كان ايجاب العوض المسمى اولى لوقوع التراضي
به بخلاف الترك بعد انقضاء المدة لان التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء
المدة فتعذر ايجاب المسمى فوجب اجر المثل وسنها هلال ان المستاجر و

والمستاجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم
يكن في بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستاجر عبدا او ثوبا او حليا او طرفا
او دابة معينة فهلك او هلك الثوب المستاجر فيه للخياطة او القصارة
بطلت الاجارة لما قلنا وان كانت الاجارة على دواب لغير اعيانها فسلم
اليهما دواب فقبضها فماتت لا تبطل الاجارة وعلى الموجر ان يأتيه بغير
ذلك لانه هلاك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة اذا لم تكن معينة فالعقد
يقع على منافع في الذمة وانما سلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته
فاذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا
اختلاف اشارة الروايات في الدار اذا انهدم كلها او انقطع الماء عن الرحا
او الشرب من الارض ان الاجارة تنفسخ او تثبت حق الفسخ فيما تقدم
وعلى هذا ايضا يخرج موت الطير ان الاجارة تبطل به لانها مستاجرة
ومنها انقضاء المدة الا عذرا لان الثابت الى غاية ينتهي عند وجود
الغاية فتنفسخ الاجارة بانتهاء المدة الا اذا كان ثمة عذر بان انقضت
المدة وفي الارض زرعة او غرس انه يؤمر بالقطع لان في ترك الزرع
الى ان يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لان لقطعه غاية
معلومة فاما الرطبة فليس لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع
لتعطلت الارض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب اذا زرع
الارض المغصوبة انه يؤمر بالقلع ولا يترك الى وقت الحصاد باجر لان
الترك في الاجارة لدفع الضرر عن المستاجر فيتضرر به وهو مستحق للنظر
لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متعد في الزرع فلا يستحق
النظر بالترك مع انه هو الذي اضر بنفسه حيث زرع ارض غيره بغير
حق فكان محضا فالبد ومنها عجز المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل الاجارة
اذ لا سبيل الى ايجابها من مال المولى فان عجر بعد ما استاجر شيئا فالاجارة
رافعة في قول ابي يوسف وقال محمد تبطل والكلام فيه راجع الى اصل ذكرناه
في كتاب الهبة في كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند ابي يوسف

وقال

وقال محمد تبطل والكلام فيه راجع الى اصل ذكرناه في كتاب الهبة في كيفية
ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند ابي يوسف كسب المكاتب
موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه او عتقه فان عجز ملكه المولى من الاصل
وان عتق ملكه المكاتب من الاصل وعند محمد هو ملك المكاتب ثم اذا عجز
انتقل الى المولى كما ينتقل الملك من الميت الى وارثه بالموت ووجه البناء
على هذا الاصل ان عند ابي يوسف لما وقع الملك للمولى فيه من طريق الا
تنتقل من المكاتب عند عجزه وذلك يوجب انتقاض الاجارة كذا هذا واصل
هذه المسئلة في المكاتب اذا وهبت له هبة ثم عجز ان للواهب ان يرجع
في قول ابي يوسف وعند محمد لا يرجع وقد ذكرنا في كتاب الهبة والله

كتاب الاستصناع

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صورة الاستصناع فنقول ان
يقول انسان لصانع من خفاف او صفار او غيرهما اعمل لي حقا او آنية
من ادیم او نحاس من عندك بثمن كذا وبين نوع ما يعمل وقدره وصفته
فيقول الصانع نعم واما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
هو مواعدة وليس ببيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار
وهو الصحيح بدليل ان محمدا رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان
وذلك لا يكون في العدات وكذا امر فيه خيار الرؤية وانه يختص بالساعات
وكذا مجري فيه التقاضي وانما يتقاضى الواجب لا الموعود ثم اختلفت
عبارتهم عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على بيع في الذمة وقال
بعضهم هو عقد على بيع في الذمة شرط فيه العمل وجه قول الاول ان الصانع
لو احضر عينا كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع جاز ولو كان
شرط العمل في نفس العقد لما جاز لان الشرط يقع على عمل في المستقبل
لا في الماضي والصحيح هو القول الاخير لان الاستصناع طلب
الصنع فالم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا فكان ملاحذ الاسم
دليلا عليه ولان العقد على بيع في الذمة يسمى سلما وهذا العقد يسمى

استصناعا واختلاف الاسامي لا يوجب اختلافا في المعاني في الاصل واما اذا افترق الصانع بغير صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الاول لكن بعقد اخر وهو التعاطي بتراضيهما. فصل واما جوازه فالقياس ان لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان لاعلى وجه السلم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وجوز استحسانا باجماع الناس على ذلك لانهم يعملون ذلك في سائر الاعصار من غير نكير وقد قال عليه السلام لا تجتمع امتي على ضلالة وقال ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما راه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح والقياس يترك بالاجماع ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالاجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل وفي قطعة الشارب للسقا من غير بيان قدر المشروب وفي شرا البقل وهذه المحقرات كذا هذا ولان الحاجة تدعوه اليه لان الانسان يحتاج الى خف او نعل من جلس مخصوص نوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى ان يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج وقد خرج الجواب عن قوله انه معدوم لانه الحق بالموجود لمساس الحاجة كالسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الانسان على الاطلاق ولان فيه معنى عقدين جايزين وهو السلم والاجارة لان السلم عقد على مبيع في الذمة والاجارة الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جايزين كان جايزا. فصل واما شرايط جوازه فنعني بها بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لانه لا يصير معلوما مايدونه ومنها ان يكون مما يجري فيه التفاضل بين الناس من اواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال وتحو الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقمقم والقسي والنبل والسلاح كلها والمشتت والقمقم ونحو ذلك ولا يجوز في الثياب لان القياس يابى جوازه وانما

جوازه

٥٠٧

جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب ومنها ان لا يكون فيه اجل فان ضرب للاستصناع اجلا صار سلما حتى يتقيد فيه بشرايط السلم وهو قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه اجلا او لم يضرب ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع وحده اجلا ينقلب سلما في قولهم جميعا وجه قولهما ان العاده جارية بضرب الاجل في الاستصناع وانما يقصد به تعجيل العمل لا تاخير المطالبة فلا يخرج عن كونه استصناعا او يقال قد يقصد بضرب الاجل تاخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل لا تاخير المطالبة فلا يخرج عن كونه استصناعا فلا يخرج العقد عن موضوع مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لان ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الاجل فيه تعجيل العمل فتعين ان يكون لتاخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم ولابي حنيفة انه اذا ضرب فيه اجلا فقد اتى بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع في الذمة موجلا والعبرة للمعقود لمعانيها لا لصور الالفاظ الا ترى ان البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذا الاجارة وكذا النكاح على اصلنا ولهذا صار مسلما فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا ولان التاجيل يختص بالديون لانه وضع لتاخير المطالبة وتاخير المطالبة انما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين في الاستصناع الا ترى ان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار سلما تراعى فيه شرايط السلم فان وجدت صح والا فلا. فصل واما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم على ما سنذكره. فصل واما صفة الاستصناع فهي انه عقد غير لازم

ع

عه

قبل العمل في الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما
خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين
ان لكل واحد منهما الفسخ لان القياس يقتضي ان لا يجوز
لما قلنا وانما عرفنا جوازا استحسانا لتعامل الناس
فبقي اللزوم على اصل القياس واما الفراغ من العمل قبل ان يراه
المستصنع فكذلك كان للصانع ان يبيعه ممن شاء كما ذكرنا في
الاصل لان المقدور وقع على غير المملوك على مثله في الذمة لما ذكرنا
ان له ان يشتري من مكان اخر ويسلم اليه جاز وله ان يبيعه الصانع وا زاد
المستصنع ان ينقص المبيع ليس له ذلك وله ان يستهلكه قبل الرؤية
فهو كالبايع اذا استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال ابو يوسف فاما
اذا احضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار
الصانع والمستصنع الخيار لان الصانع بايع ما لم يره فلا خيار
له واما المستصنع اشترى ما لم يره فلا خيار له واما المستصنع فاشترى
ما لم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان المعقود عليه وان كان معدوما
حقيقة فقد الحق بالموجود لتمكن القول بجواز العقد ولان الخيار كان
ثابتا لهما قبل الاحضار لما ذكرنا ان العقد لازم فالصانع بالاحضار
اسقط خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي فيه
شرط الخيار للمتعاقدين فاذا اسقط احدهما خياره انه يبقى خيار
الاخر كذا هذا جواب ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد رحمهم الله وروي عن ابي حنيفة ان لكل واحد منهما الخيار
وروي عن ابي يوسف انه لا خيار لهما جميعا وجه رواية ابي يوسف
ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة
المشروطة اولا فلم يكن الامتناع منه اضرارا بصاحبه فيثبت الخيار
وجه رواية ابي حنيفة ان في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه
وانه واجب والصحيح جوابا ظاهر الرواية لان في اثبات الخيار للصانع

ابطال ما شرطه له الاستصناع وهو رفع حاجة المستصنع لانه
متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع فلا
تندفع حاجة المستصنع وقول ابي يوسف ان الصانع يتضرر باثبات
الخيار للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلايمه وطلب ثمنه لا يمكنه بيع
المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتقدر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته
وانتصابه لذلك ولان المستصنع اذا غرم ثمنه ولم يندفع حاجته لم يحصل
ما شرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار والله
الموفق فان سلم الي حدادا حديدا ليعمل انا معلوما باجر معلوم او
جلدا الى خفاف ليعمل له خفا معلوما باجر معلوم فذلك جايز ولا خيار
فيه لان هذا ليس باستصناع بل هو استيجار فكان جايزا فان عمل
كما امر استحق الاجر فان افسد فله ان يضمنه لحديد امثله لانه لما
افسده فكان اخذ حديده واخذ مثله من غير اذنه والاذا للصانع لان
المضمونات تملك بالضمان والله اعلم بالصواب

كتاب الشركة

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك
نوعان نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما اما الذي
يثبت بفعلهما فنحو ان يشتريا شيئا او يوهب لهما او يوصى لهما
او يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشترى والموهوب والموصى به
والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك واما شركة العقود

فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان انواعها وكيفية كل نوع منها وركنه
وفي بيان شرايط ركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان ما يبطل العقد اما
الاول فشركة العقود انواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال
وتسمى شركة الابدان وشركة الصنائع وشركة التقبل وشركة بالوجوه
اما الاول وهو الشركة بالاموال فهي ان يشترك اثنان في راس مال فيقولان

اشتركنا فيه على ان يشتري ويبيع ما اوشئنا او اطلقا على ان ما رزق
الله تعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا او يقول احدهما ذلك ويقول
الاخر نعم ولو ذكر الشرا دون البيع فان ذكر ما يدل على شركة العقود
بان قال اما اشتريناه فهو بيننا او ما اشتري احدنا من تجارة فهو
بيننا يكون شركة لانهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد منهما بينهما
على انهما اراد به الشركة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة
وان لم يكن وكالة لا تيقن صحته على ما تيقن عليه صحة الوكالة وهو التخصيص
ببيان الجنس او النوع لو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شيء من
ذلك وان لم يذكر البيع ولا الشرا ولا ما يدل على شركة العقود بان قال
رجل لغيره ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك او قال فيما بيننا وقال
الاخر نعم فان اراد بذلك ان يكونا بمعنى شركي التجارة كان
شركة حتى يصح من غير بيان جنس المشترا ونوعه وقدر الثمن
كما لو انصا على الشرا والبيع وان اراد به ان يكون المشترا بينهما
خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشركي التجارة بل يكون المشترا بينهما
بعينه كما اذا ورثا او وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة
الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشترا وبيان نوعه
او مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي ان لا يفوض الموكل الرأي الى
الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي او جارية رومية فهو
جايز او بيان الوقت او قدر الثمن او جنس المشترا في الوكالة العامة
بان يقول ما اشتريت لي من شيء اليوم او شهر كذا او سنة كذا فهو جايز او
ما اشتريت لي من الخز او البز فهو جايز وانما كان كذلك لان مطلق هذا
اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية فان نويا به الشركة
كان شركة في عموم التجارات لان الاصل في الشركة العموم لان المقصود منها
تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد اخرى
ولا يشترط لهما بيان شيء مما ذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة

وان

وان تويا به الوكالة كان وكالة ولم تصح صحتهما على شرايطهما من الخاصة او
العامة ببيانات ما ذكرنا الا انه يكتفي في الوكالة العامة ببيان احد الاشيا
التي وصفنا لانه لما عممها بتفويض الراي فيهما الى الوكيل فقد شبههما
بالشركة فكانت في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة فكانهما وكلا و
الخصوص اصل في الوكالة فلا بد فيهما من ضرب تخصيص فان اتى بشيء
مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت ابا يوسف يقول في رجل
قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك نصفان فقال
الرجل نعم فان ابا حنيفة قال هذا جايز وكذلك قال ابو يوسف وكذلك
ان وقت مالا ولم يوقت يوما وكذلك ان وقت صنفا من الثياب و
سمي عددا ولم يسم ثمنا ولا يوما وان قال ما اشتريت من شيء
فهو بيني وبينك ولم يسم شيئا مما ذكرنا فان ابا حنيفة قال الا يجوز
وكذلك قال ابو يوسف لما ذكرنا انه لما لم يذكر لا ما يدل على شركة العقود
علم انها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد
في الاصل في رجلين اشتركا بغير مال على ان ما اشتريا اليوم فهو بينهما
خصا صنفا من الاصناف او عما ولم يخصا فهذا جايز وكذلك لم يوقتا
للشركة وقتا كان هذا جايزا لانهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد منهما
بينهما علم انهما شركة وليست بوكالة لا يكون من الجانبين عادة
فاذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الى التخصيص قال وان استمدا
احدهما ان ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكل ما اشتريا
من شيء فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل
الاخر فيما يشتريه فهو طلب الاستمداد وانه يشتري لنفسه يريد اخراج
نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك والله اعلم
واما الشركة بالاعمال فهي ان يشتركا في عمل الخياطة او القصارة او
غيرهما فيقولا اشتركنا على ان نعمل فيه على ان ما رزق الله تعالى من
اجر فهو بيننا على شرط كذا واما الشركة بالوجوه فهي ان يشتركا وليس

٥٠٩

لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس فيقولا اشتركنا على ان نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا على شرط كذا سمي هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة ويحتمل انه سمي بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظر ان من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الانواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرايط تختص بالمفاوضة نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى **فصل** واما بيان هذه الانواع الثلاثة فقد قال اصحابنا انها جايزة عندنا كان او مفاوضة وقال الشافعي شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها اصلا وراسا واما شركة الاموال فيجوز فيها العنان ولا تجوز المفاوضة وقال مالك لا اعرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان انه ما خوذ من العنان يقال عن لي كذا اي اعترض وظهر قال امرء القيس فمن لنا سرب كان ميا جه عذاري دوارج في ملاءة مذيل سمي هذا النوع من الشركة عنانا لانه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات او في بعضها دون بعض وعند تساوي المالين او تفاضلهما وقيل هو ما خوذ من عنان الفارس انه يكون باحدي يديه ويده الاخرى مرطلقة يفعل بها ما شاء فسمي هذا النوع من الشركة عنانا لانه لا يكون الا في بعض الاموال ويتصرف كل واحد منهما فرض الخدمة في الباقي كبقي هذا ولان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه فان اهل الحجا هلية كانوا يتعاطون هذه الشركة قال النابغة وشاركنا قريشا في تقاها وفي اسنانها شركة العنان واما المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال الشاعر وهو القوم العبدي تهدي الامور الرای ما صلحت فان تولت فبالاسر تنقاد لا يصلح الناس فوضي لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه في المال وفي الدين والتصرف وغير ذلك على ما نذكر وقيل هي من التفويض لان كل واحد

منهما

منهما فوض التصرف الى صاحبه على كل حال واما الكلام في شركة الاعمال والوجوه فوجه قول الشافعي ان الشركة تبتني عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانما شرعت لاستنماء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الي التجارة مختلفون لجهلهم اهدي من بعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بد من اصل يستنمي ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز ولنا ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سايرالاعصار من غير انكار عليهم من احد وقال صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على ضلالة ولانهما يشتملان على الوكالة والوكالة جايزة والمشتمل على الجايز جايز واما قوله ان الشركة شرعت لاستنماء المال فليست في اصلا يستنمي فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال واما الشركة بالاعمال او بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل اصل المال والحاجة والحاجة الي تحصيل اصل المال فوق الحاجة الي تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلان يشرع لتحصيل الاصل اولي واما الكلام في الشركة بالاموال فاما العنان فجايز بالاجماع فيما الاعصار والتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روي ان اسامة ابن شريك جاء الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اتعرفني فقال وكيف لا اعرفك وكنت شريكي وتعم الشريك لا تداري ولا تماري وادني ما يستدل بفعله عليه السلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير احد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الي استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق مصالح للاستنماء فكان مشروعا ولانه يشتمل على الوكالة والوكالة جايزة واما المفاوضة فاما

قول مالك لا اعرف المفاوضة فان عني به لا اعرف معناها فقد بينا معناها
في اللغة انها في اللغة عبارة عن المساواة وان عني به لا اعرف جوازها
فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله تفاوضوا فانه اعظم
للبركة ولانها مشتملة على امرين جايزين وهما الكفالة والوكالة لان
كل واحد منهما جايزة حال الانفراد كذا حاله الاجتماع ولانها طريق
استنماء المال او تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جايزة كالقراض
واما الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم
والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة المجهول وانها غير صحيحة
حالة الانفراد وكذا هاهنا وكان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا
العقد فكذا الذي لا تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا
مع مالك واما قوله للكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة
عفو في عقد الشركة وان لم يكن عفوا حالة الانفراد كذا هاهنا وكان
المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصودا بل ضمنا للشركة
وقد يثبت الشيء ضمنا وان كان لا يثبت قصدا ويشترط للثابت
مقصودا ما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعا كفزل الوكيل وخود لك
والله اعلم **فصل** واما بيان شرايط جواز هذه الانواع فلجوازها
شرايط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض
اما الشرايط العامة فمنها اهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل
وهي ان يصير كل واحد منهما وكيلا صاحبه في التصرف بالشراء والبيع
وتقبيل العمل لان كل واحد منهما اذن لصاحبه بالشراء والبيع
وتقبيل العمل مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط
منها اهلية الوكالة وشرايط اهلية الوكالة تعرف في كتاب الوكالة
ومنها ان يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولا تفسد الشركة لان
الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد
كما في باب البيع والاجارة وغيرهما ومنها ان يكون الربح جزءا شايعا

من

من الجملة لا معينا فان عينا عشرة او مائة او نحو ذلك كانت الشركة
فاسدة لان العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع
الشركة لجواز ان لا يحصل من الربح الا هذا القدر المعين لاحدهما فلا تتحقق
الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز ان لا يحصل من الربح الا
هذا القدر المعين لاحدهما فلا تتحقق الشركة في الربح واما الذي يخص
البعض دون البعض فاما الشركة في الاموال فمن شرايطها ان يكون راس
مال الشركة من الاثمان المطلقة وهي التي لا تتعين بالتعيين في عقود
المعاوضات على كل حال وهو الدراهم والدنانير عنا فان كانت الشركة
او مفاوضة عندنا فلما لم تصح الشركة في العروض وقال مالك
هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول العامة لان
معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي تتضمنها الشركة لا تصح
في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بع عرضك
على ان يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات
الشركة لم تجز الشركة ولو قال اشتر بالف درهم من مالك على ان يكون
ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة في العروض يودي الى جهالة الربح
عند القسمة لان راس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة
لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولا فيودي الى المنازعة
عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان راس المال
من الدراهم والدنانير عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم
والدنانير عند القسمة عينها فلا يودي الى جهالة الربح ولان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض تودي
الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى
شيئا بعرض عينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن بشيء اخر لان العرض
يتعين بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة
فيها تودي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي بخلاف الدراهم

والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين في الشركة
بينهما لانها لا تزداد في ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة
في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين ان يبيع
كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير
مال كل واحد منهما نصفين ويحصل شركة ملك بينهما ثم يتعاقدان
بعد ذلك عقد الشركة فيجوز بلا خلاف ولو كان مال احدهما دراهم
ومال الآخر عروض فالحيلة في جوازه ان يبيع صاحب العروض
نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعا
حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يتعاقدان
عليهما عقد الشركة فيجوز واما البيع قبل تصحيح راس مال الشركة
ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعروض وفي كتاب الصرف جعله كالاثمان
المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا ينفسخ العقد
والامر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم
الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها
فحكمها حكم العروض فلا تجوز فيهما الشركة واما الفلوس فان كانت
كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت
نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد يجوز والكلام فيها مبني على اصل وهو ان الفلوس الرائجة
ليست اثمانا على كل حال عند ابي حنيفة وابي يوسف لانها تتعين
بالتعيين في الجملة ويصير مبيعا باصطلاح العاقدين حتى جاز
بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عندهما واذا لم تكن اثمانا مطلقة
لاحتمال التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم يصلح
راس المال للشركة كسائر الاثمان العروض وعند محمد الثمنية لازمة
للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا ابيح بيع
الواحد باثنين منها فيصلح راس المال للشركة كسائر الاثمان

المطلقة

المطلقة من الدراهم والدنانير وروي عن ابي يوسف انه يجوز
الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المدفع من جواز
المضاربة بها جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد
من تعيين راس المال عند القسمة فاذا كسدت صار راس
المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا
المعنى لا يوجد في الشركة لانها عند الكساد يأخذان راس المال
عددا لا قيمة فكان الربح معلوما واما الشركة في المكيلات والمو
زونات
التي ليست باثمان مطلقة والعدديات التي لا تتفاوت
فلا يجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها تتعين بالتعيين قال
الآخر قبل الخلط بع حنطتك حنطتك على ان يكون ثمنها بيننا
لم يجز وسواء كان الشركة من جنسين او من جنس واحد واما
بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا يجوز في قولهم
جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من ان تكون ثمنا
بدليل ان مستهلكا يضمن قيمتها لا ان مثلها وان كانت في جنس
واحد فكذلك عند ابي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك
وعند محمد تصح الشركة فيهما بعد الخلط وفائدة الاختلاف فيهما
فيما اذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح اثلاثا فخلطاه واشتريا
فعلى قول ابي يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين وعلى
قول محمد على ما شرطا فقول ابي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكر
ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست اثمانا
على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين
في الجملة فكانت كالفلوس ووجه التخريج لمحمد ان معنى الوكالة
التي يتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنا
نير
بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا تصح
فيما قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات والموزونات والعدد
يات

والمتارمات على قول ابي يوسف ان يخلط حتى يصير شركة ملك بينهما
ثم يعقدا عليهما عقد الشركة فتجوز عقده ايضا ومنها ان يكون راس مال
الشركة عينا حاضرا لا دينا ولا مالا غائبا فان كان لا يجوز عنانا كانت
او مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذا لا بواسطة التصرف والاعمال
في الدين والمال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور
عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر
الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل الف درهم فقال له اخرج مثلها
واشتركنا ورجع فاذا بحث تكون بينهما فاقام المدفوع اليه
الف فعمل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد
بل كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط
الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير قال اصحابنا الثلاثة
لا يشترط وقال زفر يشترط وبه اخذ الشافعي وعلى هذا الاصل
بنى ما اذا كان المالان من جنس واحد لكن بفتنتين مختلفتين
كالصحاح مع المكسرة او كانتا دراهم احدهما سود والاخرى
بيضا او علة وذلك في شركة العنان فهو على هذا الاختلاف وروي
عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة وليس بشرط في العنان ولكن
الطحاوي ذكر شرط فيهما جميعا عند زفر وجه قوله ان الشركة تنبني على
الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة
ولنا ان من احكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط
من احد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى
الشركة ولنا ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكل جازت الشركة فيه
والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة واما قوله الشركة تنبني على
الاختلاط فمسلم لكن عن اختلاط راس المال او عن اختلاط الربح هذا مما لا
يتعرض له لفظ الشركة فيجوز ان تكون تسميته شركة لاختلاط الربح
لا لاختلاط راسي المال واختلاط الربح يوجد وان اشتدي كل واحد منهما

بمال

بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح حدثت على الشركة واما ما هلك ٥١٣
من احد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة
لا تتم الا بالشركة فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا اعتبار حتى لو
هلك بعده سدا حد هما كان الهالك مالكا من المالين جميعا لانه
هلك بعد تمام العقد واما تسليم راس مال كل واحد منهما
الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط
في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق
بينهما يذكر في المضاربة ان شاء الله تعالى ومنها وهو ان يختص بالمفاوضة
وهو ان يكون لكل واحد من الشريكين اهلية الكفالة بان يكونا حرين
عاقلين بالغين لان من كلم المفاوضة ان كل ما يلزم احدهما من الحقوق مما
يتجر ان فيه يلزم الاخر فيكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة
الكفيل عنه لما يذكر ولا بد من اهلية الكفالة وشرائط اهلية الكفالة تطلب
من كتابة الكفالة ومنها المساواة في راس المال قدرا هي شرط صحة
المفاوضة بلا خلاف حتى لو كانا المالان متفاوضين قدرا لم يكن المفا وضة
لان المفاوضة تنبني عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيهما ما امكن
وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان احدهما صحاحا والاخر مكسرة
او كان احدهما ابيضا والاخر اسود او بينهما فضل قيمة في الصرف
لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن
فلا تثبت المساواة التي هي مقتضى العقد وروي اسماعيل بن حماد
عن ابي يوسف ان احدي الالفين اذا كانت افضل من الاخري جاز
فكانت مفاوضة لان الجودة في اموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها
بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كانهما على صفة واحدة وهل يشترط
المجانسة في راسي المال بان يكون كل واحد منهما دراهم او كل واحد منهما
دنانير ففي الرواية المشهورة حتى لو كان احدهما دراهم والاخر دنانير
جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد ان استويا في القيمة ولا خلاف في

انهما اذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروي عن ابي حنيفة انه لا يكون
مفاوضة وان استويا في القيمة وجه هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس
لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف
باختلاف المقومين فلا تعرف المساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانهما
من جنس الاثمان فكانت المجانسة ثابتة في القيمة ومنها ان لا يكون لاحد
المتفاوضين مال تصح فيه الشركة ولا تدخل في الشركة فان كان لم تكن مفاوضة
لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا في الاموال التي لا تصح فيها الشركة
كالعرض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان ما يتعقد
عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في
الارباح والاولاد ومنها المساواة في الربح في المفاوضة فان شرطا التفاضل
في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة ومنها العموم في المفاوضة وهو
ان يكون في جميع التجارات ولا يختص احدهما بتجارة دون شريكه لما في
الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول
ابي حنيفة ومحمد انه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لان الذمي
يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا
في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند ابي يوسف يجوز لاستوائهما في اهلية
الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في التجارة واما مفاوضة
المسلم والمرتد فقد ذكر الكرخي انها غير جائزة وهكذا روي عيسى بن ابان عن
ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عند ابي حنيفة لوقوف املاكه
فلا يساوي المسلم في التصرف فلا يجوز كما لا يجوز بين المسلم وبين الذمي
وذكر محمد في الاصل وقال لا اقياس قول ابي يوسف ان يجوز لعلي قياس قوله في
الذمي ولابي يوسف ان يفرق بينهما حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على
شرف الزوال الا ترى ان قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه
واذا كان ناقص الملك والتصرف تنزل منزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فارض
مسلم مرتده ذكر الكرخي انها لا تجوز قال القدوري وهذا ظاهر على اصل ابي
حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع انعقاد العقد مفاوضة بين المسلم

والكافر

والكافر واما ابو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك و
التصرف وهذا لا يوجد في المرأة واما مفاوضة المرتدين او شركتهما شركة عنان
فذلك موقوف عند ابي حنيفة بناء على اصله في عقود المرتد انها موقوفة
فان اسلما جاز عقدهما وان قتلا على ردتهما او ماتا او لحقا بدار الحرب
بطل واما على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة واما مفاوضة
فقد ذكر القدوري وقال ينبغي ان لا يجوز اما عند ابي يوسف فلانتقصان
الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين
واما عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة المريض
مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على
الاطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد احدهما فان قتل او مات او لحق بدار
الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما على الشركة لانه اذا قتل او مات
او لحق بدار الحرب زالت املاكه عند ابي حنيفة من حين ارتد فكانه مات
فبطلت شركته وان اسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن
ولهذا قال ابو حنيفة ان المرتد منهما اذا اقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه
لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد اقر بعد بطلان الشركة واما على
قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما
بطلت بالقتل او باللحاق فكانت ما فيه قبل ذلك فينفذ تصرفه واقراره
ويكره للمسلم ان يشارك الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كالوكله
والله اعلم ومنها لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روي الحسن عن ابي
حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظة المفاوضة وهو قول ابي يوسف
ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظة المفاوضة او عبارة اخرى
تقام مقامها والعوام قلما يقفون على شرائطها وهذه العقود في الاعم الاغلب
تجري بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها وهذه العقود في
الاعم بلفظ اخر صح وان لم يذكر بلفظ المفاوضة لان العبرة في العقود لمعانيها
لا لاعيان الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط المختصة بالمفاوضة كانت

الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا توجب
بطلان العنان ولان فقد شرط عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد مما
يقف على صحته عليه ولا تقف صحة العنان على هذه الشرايط فتقد انما لا يوجب
بطلانه واما شركة العنان فلا يراعى فيها شرايط المفاوضة فلا يشترط فيهما
اهلية الكفالة حتى يصح ممن لا يصح منه الكفالة من الصبي المأذون والعبد
المأذون والمكاتب ولا المساواة بين راسي المال فيجوز مع تفاضل الشريكين
صاحب فيه ولا ان يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما وهو ان يشتركا
في عموم التجارات وخاصا وهو ان يشتركا في شيء خاص كالبز والخز والرقيق
والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرايط في المفاوضة لدلالة اللفظ عليها
وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها
في المفاوضة لدلالتها على شرايط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان
فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان ايضا لان كل لفظ يتردد
على لفظ يودي معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا
ومتساويا لما قلنا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل
واما بالضمان اما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نماء المالك فيكون
لمالكه ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فان المضارب
ليستحق الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان لقول النبي صلى
الله عليه وسلم الخراج بالضمان فاذا كان مضمونا عليه كان خراجه له والدليل
عليه انه ما نفا تقتل عملا باجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره لغيره باقل
من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان فيثبت
ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك
لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكي على ان لي بعض ربحه لم
يجز ولا يستحق شيئا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان واذا عرف هذا فنقول
اذا شرط الربح على قدر المالين متساويا ومتفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون
الربح بينهما على الشروط سواء شرط العمل عليهما او على احدهما والوضيعة
على قدر المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر

بقدر

٥١٥

لقدر المال وان كان المالان متساويين فشرط لاحدهما فضلا على ربح ينظر ان
شرط العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول اصحابنا الثلاثة
وعند زفر لا يجوز ان يشرط لاحدهما اكثر من ربح ماله وبه اخذ الشافعي ولا خلاف
في شركة الملك لان الزيادة فيها تكون على قدر الملك حتى لو شرط المشتركان
في ملك ما يتولد لاحدهما فضلا من اولادها او الباعها لم يجز بالاجماع والكلام
بيننا وبين زفر بنا على اصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء المال
فيكون على قدر المال كالاولاد والالبان واما ان عندنا فالربح تارة يستحق بالمال
وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا او عمل
احدهما دون الاخر فالربح بينهما يكون على الشرط لان استحقاق الربح في
الشركة بالاعمال بشرط العمل عليه لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا اشترط
لرب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه
والوضيعة على قدر المال على ما قلنا وان شرط العمل على احدهما فان شرطاه على
الذي شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح ان
ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على اقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرط له الزيا ٥١٥
ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا باحد
هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالان متفاضلين وشرط التساوي في الربح فهو
على هذا الخلاف ان ذلك جايز عند اصحابنا الثلاثة اذا شرط العمل عليهما وكان
زيادة لاحدهما على قدر راس ماله بعمله وانه جايز وعلى قول زفر لا يجوز ولا
بد ان يكون قدر الربح على قدر راس المالين عنده وان شرط العمل على احدهما
فان شرطاه على الذي راس ماله اقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل
بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب
الاقل لا تقابلها مال ولا عمل ولا ضمان واما العلم بمقدار راس المال وقت
العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي شرط وجه
قوله ان جهالة قدر راس المال تودي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح
بشرط جواز هذا العقد فكذا العلم بمقدار راس المال ولنا ان الجهالة لا تمنع جواز

العقد لذا تماثلا لا فضا بها الى المنازعة وجهالة راس المال وقت العقد
لا تفضي الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهرا وغالبا لان الدراهم
توزن او الدنانير توزن وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا تؤدي الى
جهالة مقدار الربح وقت القسمة واما الشركة بالاعمال فاما المفاوضة
فعندهما فمن شرائطها اهلية الكفالة ومنها التساوي في الاجر ومنها
مراعاة قضية المفاوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال ولهذا العنان منها
فلا يشترط له شيء من ذلك وانما يشترط اهلية التوكيل فقط كذا روى ابو
يوسف عن ابي حنيفة انه قال ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما
لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا يخرج الشركة بالاعمال في
المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال
من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما اشبه ذلك فان اشتركا على
ان يصيدا او يحتشا او يحتطبا او يستقيا الماء ويبيعاه على ان ما اصابا من
ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه
الا ترى ان من وكل رجلا ليفعل له شيئا من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة
فان تشاركا فاخذ كل واحد منهما شيئا من ذلك منفردا كان الماخوذ ملكا
له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما
انفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان اخذاه جميعا فما كان الماخوذ
بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق
فان اخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان هما يكالان
او يوزنان تقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كانا لا يكالان
ولا يوزنان قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب على كل واحد منهما بقيمة الذي
له لان الكيل والموزون من الاشياء المثلية فيمكن قسمة الثمن بينهما على قدر
الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة
الثمن على عينها فتقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة
يصدق كل واحد منهما فيما يدعي الا بالنصف من ذلك مع اليمين على دعوى

صاحبه

صاحبه لان الشيء في ايديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي
في دليل الملك يوجب التساوي في الملك فان ادعى اكثر من النصف لا يقبل قوله
الا ببينة فان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل
ولا شيء منه للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين اجر مثله
لا يجاوز به قيمة ما سمي له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول ابي يوسف
وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ اما وجوب اجر المثل للمعين فلانه استوفى
منفعة بعقد فاسد لما بينا وانه يوجب اجر المثل ثم قال ابو يوسف لا يجاوز به
قيمة ما سمي وفاسد على سائر الاجارات الفاسدة انه لا يزاد على المسمى
هناك كذا هها هنا والجامع بينهما انه رضيا ان لا يكون له زيادة على المسمى
فلا يستحق الزيادة وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف
ثمنه فباعه كان له اجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا ومحمد يفرق
بين هذا وبين سائر الاجارات الفاسدة فان المسمى هناك قدر معلوم
من الاجرة فكان الرضا به استغراقا لما زاد عليه والمسمى ها هنا ليس
بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمي الا نصف الحطب او ثلثه والرضا
بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة الزيادة على المسمى
من الربح في قول ابي يوسف وان لم يكن ربح فلا شيء له وعند محمد له اجر
مثله بالغا ما بلغ ربح او لم يربح وستأتي المسألة في كتاب المضاربة
ان شاء الله تعالى ولو ان رجلا احتطب على دكانه رجلا يطرح عليه الحمل
بالنصف فالقياس ان لا يجوز هذه الشركة لان شركة العروض لا من
احدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض
غير جايزة وفي الاستحسان جايزة لان هذه شركة الاعمال لا عنان شركة التقبل
وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الاعمال جايزة بلا خلاف بين
اصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جايزة بان يوكل
خياط او قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل
صانع يعمل بالحد ان يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسلاه جميعا

كان ما اصاب بينهما لاستوايهما في سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لاحدهما
وكان في يده فارسلا جميعا فما اصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان
الارسال من الاجنبي لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم
كان المالك ارسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فارسل كل واحد
منهما كلبه فاصابا صيدا واحدا كان بينهما نصفين لانهما تساويا
في سبب الاستحقاق وان اصاب كلب كل واحد منهما صيدا على حدة
كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك
رجلان ولاحدهما بغل وللاخر بعير على ان يواجرا ذلك فما رزق الله تعالى
من شيء فهو بينهما فاجراها باجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم
ان هذه الشركة فاسدة وتقسم الاجرة بينهما على مثل اجر البغل ومثل
اجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح الا
ترى ان من قال لاخر اجر بعيرك على ان تكون الاجرة بيننا لا تصح
الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح في اعيان الحيوان فكذا في منا
فعها
واما قسمة الاجر بينهما على مثل اجر البغل ومثل اجر البعير فلان الشركة
ان فسدت فالاجارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل
معلوم ومن حكم الاجرة ان تنقسم على قيمة المنافع كما تنقسم الثمن
على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يواجرا البغل والبعير وكلفهما رجل
حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما
نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد
بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان
وقد تساويا في الضمان فتساويا في الاجرة ولا عبرة بزيادة حمل
البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل الشريكين في شركة الصنائع لان
البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هاهنا الة انما العمل ولو اجر البعير
بعينه كانت اجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا ان اجر البغل
بعينه كان الاجر لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على

منافع

منافع البعير والبغل باذن مالك البعير والبغل وكانت الاجرة لهما فالاجر
اعانه على الحمولة والثقل ان كان للذي اجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه
بعقد فاسد ثم عند ابي يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي اجر به في قول
ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ على ما ذكرنا في شركة الا
حتطاب قصار لان الاحد لان لا احدهما اداة القصارة وللآخر بيت استوكا
على ان يعملا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان ذلك
جايزا وكذلك ايضا عند الصباغة والخياطة والصباغة ان الاجر
هاهنا بدل عن العمل لا عن الالة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان
بدله لهما وكان احدهما معينا للاخر بنصف الالة والاخر معينا له بنصف
الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهو ان يتقبلا حمولة فيحملاها
على دابتيهما ولو اشتركا ولاحدهما دابة وللاخر كان وجوابه ان
على ان يواجرا الدابة على ان اجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فا
سدة واجر الدابة لصاحبها وللداخل معه اجر مثله في قولهم جميعا
اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشر
واما الاجر فلان بدل منافع الدابة فكان لصاحبهما وقد استوفى منافع
الة الاجر بعقد فاسد فعليه اجر مثلها ولو دفع دابته الى رجل ليواجرها
على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاخر
اجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح
فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره
بامره وللداخل اجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعه بعقد فاسد
وكان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفا
كان فاسدا والربح لصاحب المتاع وللداخل اجر مثله وكذا
البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فا
سد
فكان عليه اجرها ولا تشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز
اتفقت اعمالهما اذا اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول

اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة
كالقصارين والخياطين بنا على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين
والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بالضمان العمل
والعمل مضمون عليهما اتفق العملان اذا اختلفا والله اعلم واما الشركة
بالوجوه فشرط المفاوضة منها ان يكونا من اهل الكفالة وان يكون ثمن
المشترا على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترا بينهما نصفين
وان يكون الربح بينهما نصفين وان تبلغطا بلفظة المفاوضة لما
ذكرنا فيما تقدم واما العنان منها فالشرط اهلية الكفالة ولا السا واة
بينهما في ملك المشترا حتى لو اشتركا بوجوههما على ان يكون ما اشتراه
احدهما بينهما نصفين او اثلاثا او ارباعا او كيف ما شرط جاز
التساوي والتفاضل كان خيارا وضمان ثمن المشترا بينهما على قدر
ملكيهما في المشترا والربح بينهما على قدر الضمان فان شرطا لاحدهما
فضلا ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على
قدر ضمانهما ثمن المشترا لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان
فيتقدر الربح بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما اكثر من حصته من الضمان
ونصيبه من الملك فهو شرط ربح من غير ملك ولا ضمان فلا يجوز فان
قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز ان يستحق
زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان قلنا الجواب
ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضارب وشركة العنان
ولم يوجد ههنا فلا يستحق كما قال الاخر ادفع اليك الفا مضاربة على ان
تعمل فيها بالقصبة لنصف ولم يبين الالف انه لا تجوز المضاربة لانه
لم يشترط العمل في زمان معين **فصل** واما حكم الشركة فاما شركة
الاملاك فحكمها فحكم ما في الثمن جميعا واحد وهو ان كل واحد من
الشريكين كالاجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه
بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك او الولاية ولا ملك لكل واحد منهما

في نصيب

في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف
الملك او الولاية ولا ملك لكل واحد منهما في نصيب صاحبه والولاية
بالوكالة او القرابة ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين
او الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاه
اياه بالف درهم او الف بينهما اقرضاه اياه او استهلك الرجل عليهما
شيأ قيمته الف درهم او ورثا دينا لرجل واحد عليه فقبض احدهما
نصيبه او بعض نصيبه فللاخر ان يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه
والاصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد
اذا قبض احدهما شيأ منه فللاخر ان يشاركه في المقبوض لان التعويض
المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل من احدهما لكان ذلك قسمة
الدين قبل القبض وانها غير جايزة لان معنى القسمة وهو التمييز
لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح
قسمة العين من غير تمييز كطعام بين شريكين قال احدهما لصاحبه
خذ منها لك هذه الجانب ولي هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز واذا
لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين اولى ولان القسمة فيها معنى
التمليك لانه ما من جزء الا واحدهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان
نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعضه ملكه وبعضه عوضا عن
ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه غير
جايز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا ليلا يؤدي الى ما قلنا وكان له
ان يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض ان يمتنع عنه
بان يقول انما اعطيتك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض
عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان المقبوض
مثل حقه او جودا او ادري اما اذا كان اجود من حقه فلان الجودة لا عبرة
بها في الجنس الواحد الا تري ان من عليه الردي اذا اعطى الجيد بجبر
صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضا لعين الحق وان كان ادري

كانه باع نصف الثوب منه فان لم يترك حصته شيأ ولكن صالحه من حقه
على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء
سلم اليه نصف الثوب وان شاء اعطاه مثل نصف حقه من الدين فالخيار
الى ذلك القابض لان الصلح لم يوجب شيأ على المصالح لانه عقد يتبرع بمنزلة
الهبة والابراء بخلاف الشري لانه قبض ثوبا عن الدين المشترك فكانه
ان يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول انما اعطيك نصف حقك من
الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها
ان يسلم للشريك ما قبض ويرجع بدينه على الغريب لان من حجته
ان يقول ان دينى قد سبت عليك بدين بعقد المداينة فتسليمك
الى غيري لا يسقط ما لي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى
الدين على الغريم فله ان يرجع على الشريك وهكذا في هذه الوجوه كلها
كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجها واحدا وهو انه اذا اراد ان ياخذ من يد
صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه ان يمنعه
عنها ويعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما
سلم الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه
في المقبوض كما كان الا انه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم
لانه اسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث لجاز ذلك القابض لها فسقط
حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان اخر سوى ماله فيثبت ذلك في ذمة القابض
كسائر الديون فان احدهما نصيبه لم يجز تاخيره في قول ابي حنيفة ويجوز
عند ابي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تاخيره في نصيب شريكه لانه لا
يملكه ولا يولي هذا العقد فيه واما في نصيب شريكه فهو على الاختلاف وجه
قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه اسقاطا بالابراء فالتاخير
اولى لانه دونه ولابي حنيفة ان تاخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض
وانها غير جايزة والدليل على ان التاخير قسمة الدين انه وجد اثر القسمة
وهو التراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للاخر فيه حق

قبض الوكيل عن الغريب جايز لانه من مجلس عقده وما قبض الشريك من
شريكه يكون قدر ذلك للقابض دينا على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما
على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين الف درهم بينهما نصف احدهما
خمس ماية فجاء الشريك فاخذ نصفها كان للقابض ما بقي له عليه الغريم
وذلك ماتين وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت لانه لما
اخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبضه وبقي الباقي
من دينه بحاله وان اخرج القابض عن يده بان وهبه او باعه او قضى
دينا عليه او استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه ان يضمنه نصف ما
قبض لانه اتلف عليه نصف ما قبضه من نصيبه فكان له ان يضمنه
فان لم يقبض احد الشريكين شيأ ولكن ابرا الغريم من حصته جازت البراة
ولا يضمن لشريكه شيأ لانه لم يقبض شيأ من الدين بل اتلف حصته
لا غير فلا يضمن فان ابراه احدهما عن مايتي درهم ثم خرج من الدين شيء
اقتسماه بينهما على قدر ملكل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض
بينهما على تسعة اسهم لان احدهما ابرا الغريم من مايتي درهم بقي له من
الدين ار بعمايتي ولشريكه خمس مايتي فيصير ما بقي في قدر المقبوض تسعة اسهم
ولذلك اذا كانت البراة بعد القبض قبل ان يقتسما لان القسمة تقع على قدر
حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم ابرا احدهما الغريم من مايتي درهم
فالقسمة ماضية ولا يتقض ابراوه بعد القسمة شيأ مما اقتسماه لانهما
اقتسما وملكهما سواء زال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم
يقبض احدهما شيأ ولكن اشتري بنصيبه ثوبا من الغريم فللشريك ان ياخذ
نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشتري الثوب بثمن في ذمته
لا بماله في ذمة الغريم لانه كما اشتري وجب ثمن الثوب في ذمته ولذي ذمة الغريم
مثله فصار ما في ذمته قصاصا بما في يده فصار كانه قبض نصف الدين
فلا يكون على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعا على الشركة في الثوب فهو جايز
لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضي شريكه به صار

وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لعدم تصور معنى القسمة وهو
التمييز اذ هو اسم للفعل او لمال حكمي في الذمة بخلاف الابراء فانه لا يتم فيه
اثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف نصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف
في الدين والتاخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب
ان التاخير تصرف في الدين والتاخير لكن تصرفا في الدين بل
في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التاخير قسمة الدين الذي وجد اثر القسمة
وهو الافراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للاخر فيه
حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لعدم تصور معنى القسمة
وهو التمييز اذ هو اسم للفعل او لمال حكمي في الذمة بخلاف الابراء فانه ليس
فيه اثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه والمطالبة جميعا لانه يوجب
تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض احدهما
نصيبه كان للاخر ان يشاركه فيه وبعد التاخير لا يبقى له حق المشاركة
ما دام الاجل قايما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يحل
نصيبه لم يكن للذي اخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فلو
ان الشركة ان كان قايما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل
لمنع ثبوت المطالبة فلا يكون حقه في المقبوض فاذا حل صار كانه لم
يزل حالا فتثبت الشركة فان لم يقبض الاخر شيئا حتى حل دين الذي
اخر عاد الامر الى ما كان فيما قبض احدهما من شيء يشركه الاخر فيه
لان في الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما قبل التاجيل ولو كان
الدين بين شريكين على امراة فتزوجها احدهما على نصيبه من الدين
فقد روي بشر عنه ايضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن ابي يوسف
وهو قول محمد وجه الرواية الاولى ان النكاح اوجب للمهر في ذمته وله
في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فكان
له ان يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين
وجه الرواية الاخرى ان من شرط وجوب الضمان على شريكه ان يسلم

لد

له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو ابراها عن نصيبه
ولو استاجر احد الشريكين المرتهن بنصيبه فان شريكه يرجع عليه
في تولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمونا بالعقد فما
شبه المبيع وكذا الذي سلم وهو المنفعة قابل للشركة فكان لدان يحققه
وذكر الشريف وراقيد عن ابي يوسف ان احد الطالبين اذا شح المطلوب
او ضحكة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه لشريكه شيء لانه لم يسلم اليه
ما يحتمل المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل
مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما اذا استهلك
احد الطالبين على المطلوب ما لا فصارت قيمته قصاصا بدينه او
اقترض منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشريكه ان يرجع عليه لان قدر
القرض وقيمة المستهلك قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين
من حيث المعنى فصار كانه استوفى حقيقة ولو كان وجب للمطلوب على
احد الطالبين دين بسبب قبل ان يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه
قصاصا بما لاحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه
لانه ما استوفى الدين بل قضاء بما كان عليه اذ الاصل في دينين التقيا قصاصا
ان يصير الاول مقتضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذا
لم يكن مستوفيا للدين لم تكن له المشاركة اذ المشاركة تثبت في القدر
المستوفى وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله لو ان احد
القريبين اللذين لهما المال قتل عبد المطلب فوجب عليه القصاص فصالحه
المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جايزا ويبرى من حصة القاتل
من الدين وكان لشريك القاتل ان يشركه فيما خذ منه نصف الخمس مائة
وكذلك لو تزوج المراة الغريمة على خمس مائة مرسلة او استاجر الغريم
بخمس مائة مرسلة فرق بين هذا وبينما اذا صالح على نفس الدين
او تزوج به ووجه الفرق ان العقد هاهنا وهو الصلح والنكاح وقع
ما في الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء

حقيقة خلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك
ما وقع على ما في الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هناك اضيف الى نفس
الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له ايضا ما عينه الاشتراك فيه فلا يرجع
وذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف انه لو مات المطلوب واحد الشريكين
وارثه وترك ما ليس فيه وفا اشتركا بالحصص لان الدين يمنع
انتقال الملك الى الورثة بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فاسقط دينه
وكان دين الوارث والاجنبي سواء ولو اعطى المطلوب لاحدهما رهنا
فحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه ان يضمنه لان قبض الرهن قبض
استيفاء بهلاك الرهن يصير مستوفيا الدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة
ولو غصب احد الشريكين من المطلوب عبدا فمات عنده فلشريكه ان
يضمنه لانه اذا هلك صار قابضا هذا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك
المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور او الاستناد ولو ذهبت
احدى عيني العبد بآفة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه
عليه بشيء لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون
فلا يضمن لشريكه بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له
ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت
احدى عينيه بآفة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من المودع
عبدا بيعا فاسدا وقبضه فمات في يده او باعه واعتقه انه يضمن لشريكه
كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بآفة سماوية في يده لم يضمن
لشريكه شيئا ويجب ذلك عليه من حصة من الدين خاصة كذا والله اعلم
واما شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو اما ان تكون صحيحة او
فاسدة اما الصحيحة فاما شركة الاموال فتبين احكام العنان منها و
المفاوضة وما يجوز لاحد شريكي العنان ان يبيع مال الشركة لانها بعقد
الشركة اذن كل واحد منهما لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة

تتضمن

تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما لصاحبه وكيلا صاحبه بالبيع
ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا بالبيع
والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما صاحبه
بالبيع والشراء ولالة ولهذا ان ببيع مال الشركة بالعقد والنسيئة لان
الاذن بالبيع مقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على
عادة التجار ومن عاداتهم البيع نقدا ونسيئة وله ان يبيع بقليل الثمن
وكثيره لما قلنا الا ما يتغابن الناس فيه مثله لان المقصود من العقد
وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر الطحاوي
في شرحه مختصر الطحاوي وحمله على الاختلاف في الوكيل بالبيع مطلقا
انه يجوز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يجوز ولو باع
احدهما واجل الاخر لم يجز تاجيله في نصيب شريكه نسيئة فيه على الاختلاف
الذي ذكرنا في الدين المشترك اذا اخر احدهما نصيبه هذا اذا باع احدهما
واجل الاخر فاما اذا عقد احدهما ثم اخر العاقد فلا خلاف في انه يجوز تاجيله
في نصيب نفسه لانه مالك وعاقد واما في نصيب شريكه فيجوز تاجيله
في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسئلة
الوكيل بالبيع انه يملك قابضا الثمن والابراء عنه عندهما وعنده لا يملك
ووجه الضابط هو ان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنده وهي من مسائل
الوكالة الا ان هناك اذا اخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهاهنا لا يضمن
الشريك العاقد لان العاقد يملك ان يقابل ويبيع بالنسيئة فاذا اخر يضمن
وله ان يشتري بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال
قاض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئا
نسيئة او كان عنده شيء من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس
شيئا نسيئة فاما اذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم
او دنانير شيئا كان المشترى له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراءه على الشركة
لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من

كتاب

غير ان يوذن له بذلك المضارب لانه لا يصير مال الشركة كالثوب مضاربة في الشركة
بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشتري
بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح راس مال الشركة فكان
الشراء بالائتمان استدانة بخلاف ما اذا اشتري بما في يده مثلها لان ذلك
ليس باستدانة وحكي الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه اذا كان في يد احد
الشريكين دنانير فاشتري بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء ان زفر
يعتبر المجانسة في راس مال الشركة حقيقة حتى ابي انعقاد الشركة في
الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشتري بالدراهم
وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية وقد جانسا
في الثمنية فصار كانه اشتري بجنس ماله في يده صورة ومعنى وله ان يبضع
مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عاداتهم وله
ان يستاجر من يعمل في البضاعة بعوض فالابضاع اولى لانه استعمال البضع
في البضاعة بغير عوض وله ان يودع لان الايداع عادة التجار ومنهم وهب
المتجارة ايضا لانه لا بد للتاجر منه لاحتياج الى ذلك عند اعتراض احوال
تقع عادة ولان له ان يستحفظ الوديعة باجر فبغير اجر اولى وليس له ان
يشارك الا ان يوذن له بذلك لان السفي لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة
عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك
الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف
ما اشتراه بينهما وان اشتري الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون
بينه وبين شريكيه نصفين ولا شيء للاجنبي فيه لانه لم يوكله فبقي ما اشتراه
على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك احد شريكي العنان شركة مفاوضة
بغير محضر من شريكيه لم يكن مفاوضة وكان شركة عنان لان المفاوضة تستفي
فسخ شركة العنان لان المفاوضة يجب ان يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح
في حق شريكيه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان
بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ

الشركة

الشركة مع حضور صاحبه وليس له ان يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط
اتجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضي به رب المال وله ان يدفع
مال الشركة مضاربة ذكر محمد رحمه الله في الاصل عن ابي حنيفة ان له ذلك
وروي الحسن عن ابي حنيفة ان له ذلك وروي الحسن عن ابي حنيفة انه ليس
له ذلك وجه رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب
يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة بخلاف المفاوضة فلا يملك المضاربة
وجه ظاهر الرواية انه يملك ان يستاجر اجيرا يعمل في مال الشركة فلان يملك
الدفع مضاربة اولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل في الشركة ربح
ام لا والمضارب لا يستحق شيئا بعمله الا اذا كان في المضاربة ربح فلما ملك
الاستيجار فلان يملك الدفع مضاربة اولى والاستدلال بالشركة
غير سديد لان الشركة موقف المضاربة لا عكسه توجب الشركة في الاصل
والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الاصل والشيء يستتبع ما
هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه او مثله ولهذا لا يملك المضارب دفع المال
مضاربة بخلاف العقد لان المضاربة مثل المضاربة وملك الوكيل لان
دون المضاربة والوكيل لا يملك ان يوكل غيره بخلاف الوكالة لان الوكالة
مثل الوكالة وله ان يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب ان يعمل في مال المضاربة
وسنذكر ذلك في كتاب المضاربة انه شاء الله تعالى لان تصرف الشريك اقوى
من تصرف المضارب واعم منه فما كان للمضارب ان يعمل فالشريك اولى وله
ان ياخذ مال المضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح
بعمله فيختص به كما لو اجر نفسه وله ان يوكل بالبيع والشراء استحسانا
والقياس ان لا يجوز لان شريكه رضي برايه ولم يرض برأي غيره وجه
الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء
من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء انه لا يملك ان
يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرته
بنفسه فلا ضرورة الى ان يوكل غيره ولان الشركة اعم من الوكالة والوكالة

اخص منها والشيء يستتبع مثله وخلاف ما اذا كانا شريكين في خادم او ثوب
خاصة انه ليس لاحدهما ان يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز في حصة صاحبه
لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الاملاك اجنبي عن
صاحبه محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك
والولاية على ما بينا فيما تقدم ولهذا ان يوكل وكيلا ويدفع اليه مالا ويامره ان
يبيعه على شيء من تجارتهما والمال من الشركة لما ذكرنا ان الشريك يملك التوكيل
فكان تصرفه كتصرف الوكيل فان اخرج الشريك الاخر الوكيل تخرج من الوكالة
ان كانت في بيع او شراء او اجارة لان كل واحد منهما لما ملك التوكيل على صاحبه
ملك العزل عليه ولان للموكل وكيل الشريك فاذا اوكل كان لموكله ان يعزل وكيله
وان كان وكيلا في قضاء دين فليس للاخر اخراجه لانه لا يملك ان يوكل
شريكه فلا يملك ان يعزل وكيله عنه وله ان يستاجروا شيء من تجارتهما
لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة وهو من عادات
التجار ايضا ومن ضرورات التجارة لان التاجر لا يجد بدا منه ولان المنافع
عند ايراد العقد عليها تجري مجرى الاعيان فكان الاستيجار بمنزلة الشراء
وهو يملك الشراء فيملك الاستيجار والاجر يكون على المستاجر يطالب به
دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد وترجع
على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله في العقد وله ان يرهن متاعا من الشركة
بدين وجب لعقده وهو الشراء او بدين تمن باعه لان الرهن الى الدين والى
ارتهان استيفاءه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان
وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرهن اذا رهن احدهما متاعا من الشركة
بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما او اداه
وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذا رهن احدهما بدين عليهما
وجب لعقدهما لان الرهن انما وكل واحد منهما لا يملك ان يوفي دين الاخر
من ماله الا بامره فلا يملك الرهن والارتهان استيفاء لاحدهما لا يملك
استيفاء ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته

والدين

والدين سواء ذهب حصته لانه قبض الرهن لعقد فاسد والرهن الفاسد
والواجب ان يكون مضمونا كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين
لانه ملك كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره
فاذا ارتهنه بجميع الدين صار مستوفيا بجميع الدين فيصير مستوفيا حصته
ضرورة فذهب الرهن حصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع حصته على المطلوب
ورجع المطلوب بنقصان قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه
حصته من الدين لان قبض الرهن استيفاء الدين فاذا هلك في يده
تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك فليس لشريكه
كان لشريكه ان يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما
قبض لانه انما سلم اليه ليملك ما في ذمته بما سلم وله يملك فكان له ان
يرجع عليه كذا ها هنا فالمطلوب ان يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن
وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان احد الشريكين
اذا استوفى المشترك كله كان للشريك الاخر ان يرجع عليه بنصيبه وطريق
ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض وشريكه ان يشاركه فيه وسعى
شاركه فيه فللقابض ان يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك
ايضا هكذا يستوفي هو ويشاركه الاخر الى ان يستوفيا الدين طعن عيسى
بن ابان في هذه المسئلة وقال يجب ان لا يضمن الشريك نصيب شريكه
لانه محجور رحمه الله قالوا الوقال رجل لرجل اعطني رهنا بدين فلان الذي
عليك فان اجازه جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فاعطاه وهلك الرهن
في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن
في يد العدل لانه لما اخذ رهنا لغيره وشرط الضمان عليه صار عدلا
وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس لقبض
استيفاء وها هنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء
مضمون فلم يصح الطعن وله ان يحتال لان الحوالة من عمل التجارة لان
التاجر يحتاج اليهما لاختلاف الناس في الملاءة والافلاس وكون بعضهم

املى من بعض وفي العادة يختار الاملى فالاملى فكانت للحوالة وسيلة الى
الاستيفا فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفا وان الاحتيال
تمليك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه احدهما يرجع
الى العاقد حتى لو باع احدهما يرجع الى العاقد حتى لو باع احدهما
لم يكن للاخر ان يقبض شيأ من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد
وليد احدهما فليس للاخر قبضه وللمديون ان يمتنع من دفعه اليه كالمشتري
من الوكيل بالبيع ان له ان يمتنع من دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق
العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك
وانما التزمها للعاقد فلا يلزمه مالم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى
الشريك من غير توكيل يبرى من حصته ولم يبرا من حصة الدائن وهذا استحسان
والقياس ان لا يبرا الدافع وجه القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض
بل هو اجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدفع الى القابض لغير حق
فلا يبرا وجه الاستحسان انه لا فايدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه
لاحتجنا الى اعادته لان المديون يلزمه رفعه الى العاقد والعاقد يرد حصته
الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وعلى هذا القياس والاستحسان
في الوكيل بالبيع اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل
ولا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس لاحدهما ان يخاصم فيما
اذا بد الاخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك
شيء فلا يسمع عليه بينة قيد ولا يستحلف وهو والاجنبي في هذا سواء لان
الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولو اشترى
احدهما شيأ لا يطالب الاخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما بينا وللعاقد
ان يوكل وكيلا بقبض الثمن والمبيع فيما اشتراه وباع لما ذكرنا فيما تقدم
ولاحدهما ان يقابل فيما باعه الاخر لان الاقالة فيها معنى الشرا والا يملك
الشرا على الشركة فيملك الاقالة وما باعه احدهما او اشتراه فظهر عيب لا يرد
الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى

العاقد

العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البايع لانه العاقد فان
اقر احدهما بعيب في متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا
قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف فرق بين هذا وبين الوكيل اذا
اقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه انه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت
بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه وللاحد الشريكين
ان يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع احدهما متاعا
من الشركة فرد عليه ولاحد الشريكين ان يسترد المبيع ويقبل العقد =
والوكيل لا يملك ذلك فان باع احدهما متاعا من الشركة فرد عليه =
فقبله بغير قضاء قاض جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضي من
غير قضاء القاضي بمنزلة شرا مبتدا بالقياس على وكيل واحد منهما
لملك ان يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضي
بمنزلة الاقالة واذا قالة احدهما تنفذ على الاخر واذا الوضيعة من ثمنه او اخر
منه لاجل العيب لا جل العيب فتوجابر لان العيب يوجب الرد من الجايز ان
يكون الصلح والحط انفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة او امر يخاف
منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لان الحط من غير عيب تبرع والانسان
يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذا الوهب لان الهبة تبرع ولكل
واحد منهما ان يبيع ما اشتراه وما اشتري صاحبه مراجعة على ما اشتراه
لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشرا والبيع والوكيل بالبيع والشرا يملك
البيع مراجعة وهل لاحدهما ان يسافر بالمال من غير اذن صاحبه ذكر الكرخي
انه ليس له ذلك والصحيح من قول ابي يوسف ومحمد انه له ذلك وكذا المضارب
والبضع والمودع لهم ان يسافروا وروي عن ابي حنيفة انه ليس للشريك
والمضارب ان يسافر وهو قول ابي يوسف ان له ان يسافر الى موضع لا يبيت
عن منزله وروي عنه انه يسافر بما لا حمل له ولا مونة ولا يسافر بما له
حمل ومونة وجه ظاهر قول ابي يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك
الغير الا باذنه وجه الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان

قريبا حيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر وجه الرواية التي فرق
فيما بين ما له حمل وما لا حمل له ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده
يلزمه مونة في الرد فيتصور به ولا مونة تلزمه فيما لا حمل له وجه قول ابي
حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانما صدرت مطلقة
عن المكان والمطلق يجري على اطلاقه ولهذا جاز للمودع على ان ليس له ان
يسافر في معنى المودع لانه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة معنا
ان الشريك يملك اسرارا ليدا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع
السفر فلان يملك الشريك اولى وقول ابي يوسف ان المسافر بالمال يخاطر
بالمال مسلم اذا كان الطريق مخوفا فاما اذا كان امنا فلا خطر فيه بل هو مباح
قال الله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا من فضل الله وقال ليس عليكم
جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم مطلقا من غير فصل وما ذكر من تلزوهة
مونة الرد فيما له حمل ومونة فلا يفيد ذلك عوامد في عادة التجار لان كل
مونة تلزم تلحق برأس المال هنا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه
اعمل في ذلك برايك فاما اذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما السفر
والمضاربة والشاركة وخلط مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان
مطلقا لانه فوض اليه التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقا
واذا سافر احدهما بالمال وقد اذن له بالسفر وقيل له اعمل برايك او عند
اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن ابي حنيفة ومحمد فله ان ينفق
من جملة المال على نفسه في كرايه ونفقته وطعامه وادامه من راس المال
روي ذلك الحسن عن ابي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس
ان لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه فصار وجه
الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الانفاق من مال الشركة والمعروف كا
لمشروط وان الظاهر هو التراخي بذلك لان الظاهر ان الانسان لا يسافر
بمال الشركة وتلزم النفقة من مال نفسه لانه يحتمل ان يكون ويحتمل ان لا يكون
لانه التزم صون المال ليتمم عتمل ان يكون ويحتمل ان لا يكون فكان المقوام
على عقد الشركة دليلا على التراخي بالنفقة من مال الشركة ولان كل واحد منهما

في مال

في الارض والشراء

في حال صاحبه بمنزلة المضاربة لان ما يحصل من الربح فهو نوع فربح
بجميع المال وما يستحق نصف الربح شائعا كالمضارب فيكون نفقته
في جميع المال كالمضارب اذا سافر بمال الشركة ومال المضاربة كانت نفقته
في جميع ذلك كذا هنا قال محمد فان ربح حسب النفقة من الربح وان لم يربح
كانت النفقة في راس المال لان النفقة جزء هالك من المال فان كان هناك ربح
فمونته والاهي من الاصل كالمضارب وما اشتري احدهما بغير مال الشركة
لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستدينا على مال الشركة وصاحبه بريء
له بالاستدانة وليس لاحدهما ان يبيع ولا ان يقترض على شريكه لان كل واحد
منهما متبرع اما المبتدئ فظاهر واما المقترض فلانه لا عوض له في الحال
فكان متبرعا في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برايك
ولم يقل الا ان ينص عليه بينة لان قوله اعمل برايك تفويض الرأي اليه
فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا لزمهما جميعا
لانه يملك مال بالعقد فكان كالتصرف فيثبت في حقه وحق شريكه
ولانه ان كان الاستقراض استعارة في الحال فانه يملك الاستعارة وان كان
يملكا بملكه ايضا وليس له ان يكاتب عبدا من تجارتهما ولا ان يتبرع
على مال لان الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليست
التجارة الا ترى ان لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برايك
او لم يقل وليس له ان يزوج عبدا من تجارتهما في قولهم جميعا لانه
ليس من التجارة ويجوز عند ابي يوسف والمسئلة قد تقدمت في كتاب
النكاح ولو اقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يصح
في ايجاب الحق على شريكه بخلاف المعاوضة لان الجواز في المعاوضة بحكم
الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو اقر بجارية في يده
من تجارتهما انها لرجل لم يجز اقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه
لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره الا في حق غيره
شهادة وسواء قال له اعمل برايك ام لا لان هذا القول لتعميم العموم فيما يتضمنه

الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشركة في يد
احدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه وقيل قول واحد من الشريكين
على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لانه امين واما المفاوضة فجميع
ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريكي العنان ان يفعله وهو جايز على شريكه
اذا فعله فيجوز لاحد شريكي المفاوضة ان يفعله واذا فعله فهو
جايز على شريكه لان المفاوضة من العنان والما جاز لشريك العنان
فجوازه للمفاوض اولى وكذا كل من كان شرط الصحة شركة العنان
فهو شرط لصحة شرط المفاوضة لان المفاوضة تفسدها ما لا تفسد العنان
لاختصاصها بشرايط لم يشترط في العنان وقد بينا ذلك في ما تقدم
والان نبين من الاحكام المختصة بالمفاوضة التي يجوز للمفاوض ولا
تجوز للمشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار احد شريكي
المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه بخلاف المقر له اعما شاء لان كل واحد
منهما كفيل عن الاخر فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالته وكذلك
ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشترى في البيع الصحيح
وقيمته في البيع الفاسد واجرة المستأجرة او ما هو في معنى التجارة كما
لغصوب والخلاف في الودايع والعواري والاجارات والاستهلاكات
وصاحب الدين في الخيار ان شاء اخذ هذا بدينه وان شاء شريكه بحق
الكفالة اما دين التجارة فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع
الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع
في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه ولا
كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على
المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع نيابة والصحيح
والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة واما الغصب فلا ضمان
الغصب في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون

فكان

فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودايع والعواري في معنى الغصب
لانه من باب التعدي على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان
ضمانه ضمان الغصب واما ارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع و
الصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة ولا في
معنى ضمان التجارة ايضا لانعدام معنى المعاوضة المال بالمال راسا وروي
عن ابي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه لا ضمان
جناية فاشبه ضمان الجناية على بني ادم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب
وضمان الاتلاف في غير بني ادم ضمان معاوضة لانه لا ضمان يملك به المضمون
عوضا عنه بخلاف ضمان الجناية على بني ادم لانه لا يملك به المضمون فلم
يوجد فيه معنى المعاوضة اصلا ولو كفل احدهما عن انسان فادى كفيله عنه
ما لا يلزم شريكه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يلزمه وان كفل
بنفس لا يؤاخذ بذلك شريكه في قولهم جميعا وجه قولهما ان الكفالة تبرع فلم
يلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع
اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد
المأذون وكذا التعبير من الثلث اذا كانت في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع
ولابي حنيفة ان الكفالة تقع تبرعا ابتداء ثم تصير معاوضة باعتبار ما يئول
لوجود التمليك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا
كانت الكفالة بامر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمكاتب والمأذون
وتعتبر من الثلث عملا بالابتداء ويلزم شريكه عملا بالانتهاء وحقوق عقد
يؤلا احدهما يرجع اليهما جميعا حتى لو باع احدهما شيئا من مال الشركة
يطالب غير البايع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البايع ويطالب غير
البايع منهما المشتري منهما بتسليم الثمن وجب عليه تسليمه
كالبايع ولو اشترى احدهما شيئا يطالب الاخر بالثمن كان يطالب المشتري
وله ان يقبض المبيع كالمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كما
للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع احدهما سلعة

من شركتهما فوجد المشتري بما عيبا فله ان يردها على ايهما شاء ولو اقر البائع العيب فله ان يحلف البائع على الثبات وشريكه على العلم ولو اقر احدهما بعد اقراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما ثم وجد المشتري بها عيبا فله ان يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على الثبات وعلى النصف الذي باعه على الثبات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بيمين واحدة على العلم في قول محمد وقال ابو يوسف يحلف كل واحد منهما على الثبات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بيمين واحدة على العلم وهما جميعا في خراج التجارة وضمانها سواء فعل احدهما فيهما كفعلهما وقول احدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي احكام التجارة كشخص واحد ولاحدهما ان يكاتب عبد التجارة او يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روي عن محمد انه قال كلما يجوز ان يفعله الانسان فيما لا يملكه فانه فيه حجور امرا ومعناه ان الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه راسا فلان يملك المفاوض اولى ولا يجوز له ان يعتق شيئا من عبيد التجارة على مال لانه لعتق بمجرد القبول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد لا يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملكه الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له ان يزوج الامة لانه نفع محض لانه يستحق المهر والولد لا يسقط عند لعقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء كان من باب التجارة او لا بخلاف الشريك شركة عنان فان تلك تصرفه تتقيد بالتجارة على اصل ابي حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند ابي يوسف تنفذ لكن تصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز ان يدفع للمال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان في قول ابي يوسف ومحمد لان شركة العنان اخص من شركة المفاوضة

فكانت

فكانت دونها فجاز ان يتضمنها المفاوضة كما يتضمن العنان المضاربة لاعتماد وغا فيستتبعهما ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوضة على شريكه بطريق الاولى على ما بينا وروي الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا اشارك رجلا شركة عنان واما اذا فاوض جاز عليه شركة عنان وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال ابو يوسف لا يجوز وكذلك في رواية الحسن عن ابي حنيفة وجه قول محمد ان عند المفاوضة عام فتصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الاخر ولابي يوسف ان المفاوضة والشيء لا يستتبع مثله ويجوز له ان يرهن ويرتهن على شريكه لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما ان يقتضي ما اداناه او اداه صاحبه او ما وجب لهما على رجل من غصب او لغاله لان كل واحد منهما وكيل الاخر فيملك ان يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على احدهما فلصاحب الدين ان يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعي على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه عين على فعل الغير وما اشتراه احدهما من طعام لاهله او كسوة او ما لا بد له منه فذلك جائز وله خاصة دون صاحبه والقياس ان يكون المشترى مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا ان يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع ان يطالب بالثمن ايهما شاء وان وقع المشترى الذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الاخر بدل ما يجوز فيه الاشتراك الا انهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى دينا عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه

وهذه

الغرم ذلك فيرجع عليه وليس له ان يشتري جارية للوطي او للخدمة لغير
اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعوا الي الامر
بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة
فاخرجا عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلة
تحت العموم فان اشتري ليس له ان يطاها ولا لشريكه لانهما دخلت
في الشركة سنهما فكانت هذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما
ان يطاها فان اشتري احدهما جارية ليطاها باذن شريكه فهي له
خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشيء او لا يرجع
عليه بشيء او لا يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند
ابي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وعند ابي يوسف ومحمد
يرجع عليه بنصف الثمن وجه قولهما ان الحاجة الي الوطي بمنزلة
الحاجة الي الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة
وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد اخذ
ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف
ولابي حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه احد
الشريكين ان يقع المشترا مشتركا بينهما من غير اذن جديد
من الشريك بالشرا الا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد من الطعام و
الكسوة ولا ضرورة في الوطي فوقع للمشتري على الشركة فلا اذن الثابت
باصل العقد من غير الحاجة الي اذن اخر فلم يكن الاذن الجديد من
الشريك لوقوع المشترا على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان
للمملك كانه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي منها فكانت
الهبة متعلقة بالشرا فاذا اشترا وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت
مالي عليك فانت قد وهبته لك فقبضه بملكه كذا هذا واذا كان كذلك فقد
ادى ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشيء فان
اشترا جارية للوطي باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطي

المقر

المقر باخذ المستحق بالعقر ايهما شاء اما وجوب العقر فلا شك فيه
لان ملك الغير في دار الاسلام لا يخلوا عن احد المغرمتين اما الحد
واما العقر وقد تعذر ايجاب الحد لامكان الشبهة وهي صورة البيع يجب
العقر واما ولاية الاخذ من ايهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشرا
والضمان الواجب بسبب الشرا يلزم كل واحد منهما كالثمن لان الشرا
من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر في النكاح الصحيح و
الفاسد لانه وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا
يدخل في الشركة ولو قال احدهما في بيع باعه الاخر جازت الاقالة عليهما
لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشرا وهو يملك الشرا على الشركة فيملك الاقالة
لان الشريك شركة العنان يملك الاقالة فالمفاوض اولي واذا مات احد
المتفاوضين او تفرقا ولم يكن للذي لم يلي المداينة ان يقبض الدين
لان الشركة تبطلت بموت احدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل
لبطلان امره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة
فلا يجوز لاحدهما ان يقبض نصيب الاخر اذ المقبض هو الذي يتولى العقد
ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا
واما الذي ولي المداينة فله ان يقبض الجميع لانه ملك بعقد المداينة لكونه
من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل
بالعزل ولو اجر احدهما نفسه في الخياطة او عمل من الاعمال فالاجر
بينهما نصفان واذا اجر نفسه للخدمة فالاجر لخاصة لان في
الفصل الاول اجر نفسه في عمل يملك ان يتقبل على نفسه وعلى
صاحبه فاذا عمل فقد اوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الفصل
الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الاجرة
له خاصة قال ابو حنيفة اذا قضي احدهما دينا كان عليه قبل المفاوضة
فهو جائز لانه اذا قضي فقد صار المقضي دينا على القاضي اولا ثم يصير
قصاصا بما له على القاضي فكان هذا تمليكا بعوض فتناوله عقد الشركة

فملكه فجاز القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض لما ذكرنا ان
قبضه قبض مضمون لانه قبض مال الشريك ان يملكه اياه ويرجع على
شريكه بحصته منه لانه قضى دينه من مال غيره ولا تنتقض
المفاوضة وان ازداد احد مالي الشريكين لان الواجب دين وزيادة
احد الشريكين اذا كانت دينا لا يوجب بطلان المفاوضة كما لا يمنع انعقادها
لما ان الدين لا يصلح مال الشركة راس مال الشركة فاذا استرجع ذلك
بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه ولو رهن
احدهما من مال المفاوضة بخمس مائة وقيمتها الف فهلكت في يد المرتهن ذهبت
بخمس مائة ولا يضمن ما بقي لان الزيادة امانة في يد المرتهن فكان
مودعا في قدر الامانة من الرهن والمودع والمفاوض ان يودع وكذلك
وصي ايتام رهن امتعة لهم بمائة وقيمتها الف فهلكت في يد المرتهن
ذهبت بمائة وذلك يكون دينا للورثة على الوصي وهو امين
في الفصل وكذلك الاب يرهن امتعة ابن له صغير بدين عليه لان الاب
والوصي يملكان الايداع والزيادة على قدر الدين من الرهن امانة
فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة لو اقرض احد المتفاوضين
مالا فاعطاه رجلا ثم اخذ به منتجه كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن
ترك المال اولم يترك وفي قياس قول ابي يوسف ان الذي اقرض واخذ
المنتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في
الكفالة ان الكفيل بحكم القرض فاذا جازت الكفالة عند ابي حنيفة
جاز القرض وعند ابي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع
وكذلك المقرض وقالوا في احد المتفاوضين اذا استاجرا بلا الى مكة
ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمؤاجر ان يطالب ايهما شاء لان المعقود
عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة الا ترى انه لو بدا له من حمل
متاعه لحمل عليهما متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما
فيطالب شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له خاصة كالواشترى لهما ما

لنفسه

لنفسه ان المشترى يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو اجر احدهما
عبدا له ورثه لم يكن لشريكه ان يقبض الاجرة لانها بدل ما لم تدخل في الشركة
فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث واما الشركة بالاعمال
فاما العنان منها فلكل واحد منهما ان يتقبل العمل ويتقبل بحكم عليه
وعلى شريكه لان كل واحد منهما بعقد الشركة اذن صاحبه بتقبل
العمل عليه فصار وكيلا فيه كما انه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل
ان يطالب بالعمل ايهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل
واحد منهما ان يطالب صاحب العمل بكل الاجر لانه قد لزمه
كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجر والى ايهما دفع صاحب العمل
برئ لانه دفع الى من امر بالدفع اليه وعلى ايهما وجب ضمان
العمل وهو حبلة يده كان لصاحب العمل ان يطالب الاخر به
استحسانا كذا روى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه
قال اذا اجتث يد احدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب
العمل ايهما شاء جميع ذلك والقياس ان لا يكون له ذلك وجه
القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم
في شركة العنان ان ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالبه به
الاخر وجه الاستحسان ان هذه شركة ضمان في حق وجوب
العمل لان العمل الذي يتقبله احدهما يجب على الاخر حتى يسقط
الاجر به فان كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل فكانت
في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة
حقيقة حتى قالوا في الدين اذا اقر احدهما بثمن مبيعات او اثمان
او غيرها انه لا يصدق على صاحبه اذا كان المبيع مستهلكا الا باقراره
او بالبينة وكذا اذا اقر احدهما باجر اجير وحانوت بعد مضي
مدة الاجارة ان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما
جميعا باقراره وان جحده شريكه كما في شركة العنان فدل ان ليس لها

حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة
وقال ابو يوسف اذا ادعى على احدهما ثوب عندهما فاقر به احدهما
وجحد الاخر جاز اقراره على الاخر ويرفع الثوب ويأخذ الاجر قال
وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا متفاوضين حتى يصدق
كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ
اقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه كشريكي العنان في المال اذا اقر احدهما
بثوب من شركتهما وجحد الآخر انه لا ينفذ اقراره على صاحبه في نصيبه
كذا هذا وقد روى بن سماعة عن محمد انه اخذ بالقياس في هذه
المسئلة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يد الشريك ووجههما
ذكرنا ان الشيء في ايديهما والشركة شركة عنان واحد شريكي العنان
اذا اقر بثوب في ايديهما لا ينفذ على صاحبه وانما استحسنا والحقناها
بالمفاوضة في حق وجوب الضمان والمطالبة بالاجر في حق وجوب
ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة
بكل الاجر وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما احدثه على شريكه يظهر في
محل العمل ايضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل احدهما
دون الآخر بان مرض او سافر او بطل فالاجر بينهما على ما مر شرطا
لان الاجر في هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لان العمل
قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط اذا استعمل
برجل على القصارة والخياطة انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان
العمل منه وها هنا شرط العمل عليهما فاذا عمل احدهما يصير الشريك
القائم عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز
شرط التفاضل في الكسب اذا شرط التفاضل في الضمان بان
شرط لاحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرط العمل
عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل او لم يعمل بان شرط العمل
عليهما لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل كان

استحقاق

استحقاق اصل الاجر بالضمان لا بالعمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة
الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكي عن الكرخي انه عمل
في هذه المسئلة فقال المفاوض لا تقوم الا بالعقد والشريك قد قومها
بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليهما وهذا يشير الى
ان الاستحقاق بالعمل ورد عليه الخصاص وقال هذا لا يصح بدليل
انه لو شرط فضل الاجر لاقلهما عملا بان شرط ثلثا الاجر له
جاز فدل ان استحقاق فضل الاجر بفضل الضمان لا بفضل
العمل ولو شرطا التفاضل في الاجر وحبلاها اثلاثا ولم ينسبا
العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرطا التفاضل في الكسب ولا
يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل
في العمل تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرطا الكسب
اثلاثا وشرطا العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجر لا يقابلهما
مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء واما
الوضيعة فلا يكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرطا ان
ما يتفقان فثلثاه على احدهما اثلثه وثلثه على الآخر والوضيعة
بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والغاله بينهما على ما شرطا
على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كان في
الوضيعة على قدر الضمان ايضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان
في الوضيعة في موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما
وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضيعة فيه الا على قدر المال
ففي موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما اين لا يجوز
ان تكون الوضيعة فيه الا على قدر الضمان اولى والله الموفق
واما المفاوضة منها والمزم احدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه
ويطالب به من ثمن مبيعا يبعون او اشتراه او اجر اجيرا او حانوت
ويجوز اقرار احد الشريكين بالدين عليه وعلى شريكه وللمقر له ان

ان يطالب به ايهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم
المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على احدهما ثوبا في ايديهما
فاقر به وجحد صاحبه يصرف على صاحبه وينفذ اقراره عليه
والله اعلم واما الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في
جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل احدهما
على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شركي العنان والمفاوضة في الاموال
واما الشركة الفاسدة وهي التي فاتها شرط من شرايط الصحة
فلا تفيد شيئا مما ذكرنا لان لاحد الشريكين ان يعمله بالشركة
الصحيحة والربح فيهما على قدر المالين الا يجوز ان يكون الا
مستحقا فيهما بالشرط لان الشرط لم يصح فالتحق بالعدم فبقي الا
مستحقا بالمال فيستحق بقدر المال ولا اجر لاحدهما على صاحبه عندنا
وقال الشافعي له اجر مثل عمله لصاحبه وهذا غير سديد لانه استحق الربح
بعمله فلا يستحق الاجر والله اعلم **فصل** واما صفة عقد الشركة
في حق الله عقد جايز لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا ان من
شرط جواز الفسخ ان يكون بحضرة صاحبه اي بعمله حتى لو فسخ
بمحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غايبا وعلم بالـ
لفسخ وان كان غايبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ
العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح
عزل الوكيل من غير علمه معناه ان الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل
شرط جواز العزل فكذا ما يتضمنه الشركة وعلى هذا الاصل قال
الحسن بن زياد اذا شارك احد شريكي العنان رجلا شركة مفاوضة ان له ذلك
كان بغير حضرة من شريكه لم يكن مفاوضة وان كان بحضرة منه صحت المفاوضة
لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته
ويملك عند حضرته وهل يشترط ان يكون مال الشركة عينا وقت الشركة
لصحة الفسخ وهي ان تكون دراهم او دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى

لو

لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة
ولا رواية عن اصحابنا في الشركة والمضاربة رواية ان رب المال عن
التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم او دنانير
صح النهي لكن له ان يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدرا هم
لانهما في التمنية لجنس واحد فكانه لم يشتريها شيئا وليس له ان
يشتري بها عروضا وان كان راس المال عروضا فلا يصح نهيه
لانه يحتاج الى بيعها ليعلم الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه في التصرف
فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق
بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان راس المال
عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في ايديهما جميعا
وولاية التصرف لهما جميعا فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه
عينا كان المال او بعد ما صار المال عروضا **فصل** واما بيان
ما يبطل عقد الشركة فما يبطل به نوعان احدهما يعم الانواع كلها
والثاني يخص البعض دون البعض اما الاول فنوعان ايضا
احدهما يعم الانواع الفسخ من احد الشريكين لانه عقد جايز
غير لازم فاذا فسخ عند وجود شرط الفسخ وهو ما ذكرنا بفسخ
والثاني موت احد الشريكين اي ما مات انفسخت الشركة لبطلان
الملك واهلية التصرف بالموت سواء علم صاحبه بموته او لم يعلم
لان كل واحد منهما كان وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل
علم به او لم يعلم لان هذا عزل حكمي فلا يقف على العلم واما
الذي يخص البعض دون البعض فهلاك المالين او هلاك احدهما
قبل الشراء في الشركة بالاموال من جنسين او من جنس واحد قبل
الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات فقد هلك ما
تعلق العقد بعينه قبل ابرام العقد وحصول المقصود به فيبطل
العقد بخلاف ما اذا اشتري بدراهم معينة شيئا ثم هلكت لان الدراهم

والدنانير في المعاوضات ويتعينان في الشركات لانهما جعلا ثمنين
فلو تعينتا في المعاوضات لانقلبا ثمنين لان الثمن انما يثبت للمعين
بما يقابله عوض فلو تعين الدراهم والدنانير في المعاوضة لكان عينا
بما يقابله العوض فكان ثمنا وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعينا وليس
في تعيينهما في باب الشركة تغيير حكم الشرع لانه لا يقابلهما عند الفقد
الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا خلافا
المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة انهما لا يتعينان في هذين
العقدين وان لم يكن التعيين فهما فيهما تغيير حكم الشرع
وهو جعلهما ثمنين لانما عوض للحال بما يقابلهما لان كل واحد من
العقدين وقع وسيلة الى الشراء والوسيلة الى الشيء حكمه حكم ذلك
الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم
الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشراء
بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء ولكن لا بد مع هذا
من سبب يوجب تعين راس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا
لراس المال في يده ليتمكنه العمل وكون عمل الآخر شرطا من رب المال
يوجب ان يكون يوجب ان يكون راس المال راس المال في يده ليتمكنه
العمل وكون عمل الآخر شرطا يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل
فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق
به العقد وليس وراء القبض الا ما العقد فاذا لم يكن ايجاب القبض جعل
العقد موجبا تعيينهما وان كان وسيلة الى الشراء لكن هذه الحروف أو
استبداده بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له فاما في الوكالة المفردة
والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك لا وجب فسادها
فامكن جعل القبض سببا للتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سببا فلم
يوجب العقد التعيين لما قاله بالشراء ثم اذا هلك احد المالين قبل الشراء
يهلك من مال صاحبه لان الهالك مال احدهما بيقين وانه امانة في يد صاحبه

فملك

فملك على صاحبه بخلاف ما اذا كان راس المالين من جنس واحد
وخلطا ثم هلكا انه يهلك مشتركا لانا لا نتيقن
ان المالك ملك احدهما والله الموفق وسنما فوات المساواة بين
راس المال في شركة المفاوضة بالمال لبعد وجودها في ابتداء العقد لان
وجود المساواة بين المالين كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة
فبقاؤها شرط بقائها وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوي
ثم ورث احدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير و
صار ذلك بحيث انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى
العقد وان ورث عروضا لا تبطل وكذا لو ورث ديونا لا تبطل ما لم
يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح راس مال الشركة وكذا لو
اراد احد المالين على الآخر قبل الشراء بان كان احدهما دراهم والآخر
دنانير فاراد ت قيمة احدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا
لان عقد الشركة ليقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود
وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض
كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ
عليه يبطله قال محمد رحمه الله وكذلك لو اشترى باحد المالين ثم
اراد الآخر بطلت الشركة لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال
فصار كان الزيادة كانت وقت العقد وان زاد المال المشترى في قيمته
كانت المفاوضة جائزة لانها لا تملك الزيادة حدثت على ملكهما لان ربح
في المال المشترى فلا يفضل احدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس
اذا اشترى باحد المالين قبل صاحبه ان ينتقض المفاوضة لان الآلة التي
لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه
الآخر فصار ماله اكثر فينبغي ان تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا
لا تبطل لان الذي اشترى اوجب على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل
فلا تبطل المفاوضة والله اعلم بالصواب

كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب الي معرفة جواز هذا العقد والي معرفة
ركنه والي معرفة شرايط الركن والي معرفة حكمه والي معرفة
صفة العقد والي معرفة ما يبطل به و معرفة حكمه اذا بطل والي
بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب اما الاول فالقياس ان لا
يجوز لانه استيجار باجر مجهول بل باجر معدوم والعمل مجهول
لكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله
تعالي واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله
والمضارب يضرب في الارض يبتغي من فضل الله وقوله تعالي
فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله
وقوله ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم واما السنة
فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان العباس
بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط علي صاحبه ان لا يسلك
به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل
ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلي الله عليه وسلم والناس
يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير علي ذلك و
التقرير احد وجوه السنة واما الاجماع فانه روي عن جماعة من
الصحابة رضي الله عنهم انهم دفعوا المال اليهم مضاربة فيهم
عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله ابن عمر وعبيد
الله بن عمر وعائشة ولم ينقل انه انكر عليهم من اقرانهم لحد ومثله
يكون اجماعا وروي ان عبد الله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله عنهم
قدما العراق وابو موسي الاشعري امير بها فقال لهما لو كان عندي
فضل لاقرضتكما ولكن عندي مال لبيت المال ادفعه اليكما فابتاعا به
متاعا واحملاه الي المدينة وبيعاه واديا فما ثمنه الي امير المومنين فلما
قدما المدينة قال لهما عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فلو جعلا ربحه
لهم فسلمت عبد الله وقال عبيد الله ليس له ذلك لو هلك منا لضمنتنا

فقال

فقال بعض الصحابة يا امير المومنين اجعلهما كالمضاربين في المال
لهما النصف ولبيت المال النصف فرضي بذلك عمر رضي الله عنهم
وعلي هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم الي يومنا
هذا في سايز الاعصار من غير انكار من احد واجماع اهل كل عصر
حجة يترك به القياس ونوع من القياس يدل علي الجواز ايضا وهو ان
الناس يحتاجون الي عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال
لكنه لا يهتدي الي التجارة وقد يهتدي الي التجارة لكنه لا مال له
فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالي ما شرع العقود
الا لمصالح العباد ودفع حوايجهم فصل واما ركن العقد فالايجاب
والقبول وذلك بالفاظ تدل عليه فالايجاب هو لفظ المضاربة
والمقارضة والمعاملة وما يودي معاني هذه الالفاظ بان يقول
رب المال خذ هذا المال مضاربة علي ان ما رزق الله تعالي او طعمك الله تعالي
عز من زرع فهو بيننا علي كذا من نصف او ثلث او ربع او غير ذلك
من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة او معاملة او يقول المضارب
اخذت او رضيت او قبلت او نحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ
المضاربة فصريح ماخوذ من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي
هذا العقد لان المضارب يسير في الارض ويسعي فيها لابتغاء الفضل
وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف اهل المدينة لانهم يسمون المضاربة
مقارضة كما يسمون الاجارة بيعا ولان المقارضة ماخوذة من القرض
وهو القطع سميت المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن
راس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل علي البيع
والشرا وهذا معني هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به علي ان ما
رزق الله تعالي من شيء فهو بيننا علي كذا ولم يزد علي هذا فهو جايز
لانه اتي بلفظ يودي معني هذا العقد والعبرة في العقود لمعانيها

لا لصور الالفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد
النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر في الاصل لو قال
هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا
فقيل هذا مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون مضاربة وجه القياس
انه ذكر الشرا ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشرا
والبيع وجه الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشرا
والبيع فكان ذكر الابتياع ذكرا للبيع والشرا وهذا معنى المضاربة
ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا
والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشرا والبيع فلا يتحقق معنى المضا ربة
وجه الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض
وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشرا والبيع فيضمن ذكره ذكر
الشرا والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هرويا بالنصف او
رقيقا بالنصف ولم يزد على هذا شيئا فاشتري كما امره فهذا فاسد
وللمشتري اجر مثل عمله فيما اشتري وليس له ان يبيع ما اشتري
الا بامر رب المال لانه ذكر الشرا ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر
البيع ليحمل على المضاربة فيحمل على الاستيجار على الشرا باجر مجهول
وذلك فاسد فاذا اشتري كما امره فالمستأجر اسوة في ما فسد بعقد فا
سد فاستحق اجر مثل عمله وليس له ان يبيع ما اشتري من غير اذن
الامر لانه امره بالشرا لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير
اذنه فان باع منه شيئا لا ينعقد بيعه من غير اجازة رب المال البيع
والمتاع ويضمن قيمته ان لم تقدر على عينه لانه صار متلفا مال الغير
بغير اذنه وان اجاز رب المال البيع والمتاع قايم جاز والثمن لرب المال
لانه عدم الجواز لحق فاذا اجاز فقد زال المانع وكذلك ان كان لا يدري
حاله انه قايم او هالك فاجاز لان الاصل هو نفاذ البيع حتى يعلم هلاكه

وانما

وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجارة لما عرف ان ما لا يكون محلا
لانشا العقد عليه لا يكون محلا لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك
فالاجارة باطلة لما ذكرنا وروى بشر عن ابي يوسف في رجل دفع الى
رجل الف درهم ليشتري بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة
ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشرا والبيع فقد
اتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضيعة علي وعليك فهذه
مضاربة والربح بينهما والوضيعة على رب المال لان شرط الوضيعة على
المضاربة شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي
بن الجعد عن ابي يوسف لو ان رجلا دفع الى رجل الف درهم ولم يقل
مضاربة ولا بضاعة ولا قرضا ولا شركة وقال ما رزق الله فبيننا
فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشرا والبيع فكان ذكر الربح ذكرا
للشرا والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف
الربح او ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جايزة قياسا واستحسانا و
للمضارب شرط وما بقي فلرب المال والاصل في جنس هذه المسايل ان
رب المال انما يستحق الربح لانه نماء ماله لا بالشرط فلا يتقرر استحقاقه
الى الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما
يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يقوم الا بالعقد واذا عرف هذا فنقول
في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزءا معلوما من الربح فقد وجد
في حقه ما يتقرر به استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب
المال بماله ولو قال خذ هذا المال مضاربة على ان لي نصف الربح ولم يزد
على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي وفيهما
جايزة استحسانا ويكون للمضارب النصف وجه القياس ان رب المال
لم يجعل للمضارب شيئا معلوما من الربح وانما سمي لنفسه النصف
فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت
عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية في حق المضارب ولم

ولم يوجد فلم تصح المضاربة وجه الاستحسان ان المضاربة
تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية احد النصفين لنفسه تسمية
الباقي للمضارب كانه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف
كما في ميراث الابوين في قوله تعالى وان لم يكن له ولد وورثه
ابواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لابويه وقد جعل الله تعالى
للام منه الثلث كان ذلك جعلا للاب الثلثين كذا هاهنا ولو قال
على ان لي نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب
والباقي لرب المال لان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق
رب المال لكونه من نمائه فاذا سلم المشروط بالشرط يسلم
المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لان استحقاق المضارب
الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نمائه فاذا سلم
المشروط بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه
من نمائه ولو قال رب المال على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا جاز ذلك
وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي
المساواة اذ لا تبين فيما مقدار معلوم قال الله تعالى وبينهم ان
الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله تعالى
قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزاء
الربح في عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب او رب المال وسكت عن
الاخر فاما اذا شرط لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب
والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث
اجنبيا او كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح
بينهم اثلاثا وان لم يشترط عليهم العمل لم يجز وما شرط له يكون
لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال فكان
المشروط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فاذ
كان عليه دين فكذلك عند ابي حنيفة ان شرط عمله لان المضارب

لا يملك

لا يملك كسب عبده فكان كالاجنبي وان لم يشترط عمله فما شرط
له فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند ابي يوسف ومحمد الشرط
له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم
يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على هذا التفصيل
ايضا ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبي عند ابي حنيفة
لان المولى لا يملك اكتساب وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو
لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل او لم
يعمل لان المولى يملك كسبه سواء كان عليه دين او لم يكن لانه اذا لم
يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا
للمولى فصار كانه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال للثلث
للمضارب الثلث والثلثان لرب المال لان المشروط يكون مشروطا
لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كان رب المال شرط لنفسه الثلثين
وعلى هذا لو شرط ثلث الربح الى العاقدين وهما رب المال والمضارب
ونصفها يرجع الى راس المال ونصفها يرجع الى الربح اما الذي يرجع
الى العاقدين فاهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف
بامر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكرنا شرائط اهلية التوكيل
والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط اسلامهما لجواز المضاربة
فتصح المضاربة بين اهل الذمة وبين المسلم والذمي والحربي
المستامن حتى لو دخل حربي دار الاسلام بامان فدفع ماله الى
مسلم مضاربة او دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستامن
في دارنا بمنزلة الذمي والمعاملة مع الذمي مضاربة جائزة كذا مع
الحربي المستامن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب
بامان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد
بينهما اختلاف الدارين وصارا كانهما في دار واحدة وان كان
المضارب هو الحربي فرجع الى دار الحرب فان كان بغير اذن رب المال

فهلك المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جايز ويكون على المضارب
ويكون الربح بينهما على ما شرطا ان رجع الى دار الاسلام مسلما او معها
هذا او بامان استحسانا والقياس ان تبطل المضاربة وجه القياس
انه لما عاد الى دار الحرب بطل امانته وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل
امر رب المال عند اختلاف رب الدارين واذا تصرف فيه فقد تعدى
بالتصرف فملك ما تصرف فيه وجه الاستحسان انه لما دخل بامر رب
المال صار كان رب المال معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب
لم تبطل المضاربة كذا اذا دخل بامره بخلاف ما اذا دخل بغير امره
لانه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه
لنفسه فملك ما تصرف فيه وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب
بامان فدفع اليه حربي مالا مضاربة فربح مائة درهم ان هذا على
قياس قول ابي حنيفة ومحمد جايز فان اشترى المضارب على هذا
وربح او وضع فالوضيعة على رب المال والربح على ما اشترط ويستوي
المضارب مائة درهم والبائع لرب المال وان لم يكن في المال من الربح
الا مائة تهي كلها للمضارب وان كان اقل من مائة فذلك للمضارب
ايضا ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط الا لهذه
الدراهم الا من الربح فاما في قول ابي يوسف فالمضاربة فاسدة والمضارب
اجير مثله وعلى هذا فرع اختلافهم في جواز الربوا في دار الحرب واما الذي
يرجع الى راس المال فمنها ان يكون راس المال من الدراهم والدنانير
عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك هذا ليس
بشرط وتجوز المضاربة بالعروض وعند مالك هذا ليس بشرط
وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب
الشركة ان الربح على ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض
تتعين عند الشرا بها والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم
لا شيء على المضارب فالربح عليهما يكون ربح ما لم يضمن وعني رسول

الله

الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضمونا
عند الشرا به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به مثله
من الربح فكان الربح على ما في مثله فيكون ربح المضمون ولان المضارب
بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض
تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين وللجهالة تفضي
الى المنازعة والمنازعة تفضي الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا
انه لو دفع اليه عروضا فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها
بدراهم او دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يضرب المضاربة الى العروض
بل الى الثمن والثمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل او موزون جاز
البيع عند ابي حنيفة بناء على اصله في الوكيل بالبيع مطلقا انه يبيع بالاثمان
وغيرها الا ان للمضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى ما لا تصح للمضاربة
به وهو الحنطة والشعير واما على اصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بما
يبيع مطلقا لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تنعقد المضاربة لانها لم تصر
مضافة الى ما لا يصلح راس مال المضاربة واما بيع الذهب والفضة فقد
جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة
الدراهم والدنانير والامر فيه موكول الى التعامل فان كان الناس
يتعاملون فيه بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به بما ذكر محمد
لانها لا تتعين بالعقد كالجياد فاما السوقة فان كانت لا تتزوج فهي كالعروض
وان كانت تتزوج فهي كالفلوس وذكر بن سماعة عن ابي
يوسف في الدراهم التجارية انه لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت
عندهم وصارت سلعة قال ولو اجزت للمضاربة بها اجزتها بالطعام
بمكة لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس واما الفلوس
واما الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيهما في كتاب الشركة والحاصل ان في جواز
المضاربة بها بالدراهم والدنانير عند ابي حنيفة وروي الحسن عن
ابي حنيفة انه يصح والصحيح من مذهبه روايتين عن ابي حنيفة ذكر

محمد في المضاربة الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند ابي حنيفة وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يصح والصحيح من مذهب ابي يوسف انها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على ان الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثمانا كالدراهم والدنانير وعند ابي حنيفة وابي يوسف تتعين فكانت كالعروض والله اعلم ومنها ان يكون معلوما فان كان مجهولا لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط صحة المضاربة ومنها ان يكون رأس مال المضاربة عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل به بيني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف ان المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع لا ربح له وعليه ونقده فالدين في ذمته بتا والدين في ذمته حاله عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ما اشترى وباع لرب المال ربحه وعليه وضيعته بناء على ان من وكل رجلا بشراء شيء بالدين الذي في ذمته لم يصح عند ابي حنيفة حتى لو اشترى لا يقع شراؤه في ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشراء بما في ذمته لم يصح اضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لانه يصير في التقدير كأنه وكله بشراء الفرس ثم دفعه اليه مضاربة فيصير مضاربة بالعروض فلا يصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة ها هنا اضيفت الى المقبوض فكان راس المال عينا لا دينا ولو اضاف المضاربة الى عين هي امانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال المودع او المبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان كان اضافها الى مضمونة كالدراهم والدنانير المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف

جاز

٥٣٧

جاز ذلك عند ابي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز وجه قوله ان المضاربة تقتضي كون المال امانة في يد المضارب والمضمون مضمون في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا تصح ولابي يوسف ان ما في يده مضمون الى ان يأخذ في العمل فاذا اخذ في العمل وهو الشراء صار امانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فيصح وسواء كان راس المال مفروزا او مشاعا بان دفع مالا الى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في الشائع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضاربة اذا وقعت يصير شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا لم يمنع البعض لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل الف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جائز ما جواز المضاربة فقد قلنا واما جواز القرض في الشائع وان كان القرض تبرعا والشائع يمنع صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلقا لانه وان كان في الحال تبرعا لانه لا يقابله عوض للحال فهو تمليك المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعمل الشيوع فيهما واذا لجاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعته عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا لانه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعته على رب المال ولا تجوز قسمة احدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد احد الشريكين بالقسمة قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف علي ان نصفها عليك قرض على ان تعمل بالنصف الآخر مضاربة على ان الربح لي فهذا مكروه لانه شرط للقسمة منفعة في مقابلة القرض

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا فان عمل على
هذا وربح او وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة اما الربح فلان
المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الاخر
بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال واما الوضيعة فلانها جزوها كان
من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه
الالف نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على
ذلك غير مقسوم والهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة
وان عمل في المال فنصف كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة و
نصف الربح بينهما على ما شرطا والوضيعة عليهما اما نصف الربح
للمضارب حصة الهبة فلانه يثبت الملك له فيه اذا قبض لعقد
فاسد فكان ربحه له واما النصف الاخر فانما يكون ربحه بينهما
على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة واما كون
الوضيعة عليهما فلانه جزو هالك من المال والمال مشترك فان
هلك المال في يد المضارب قبل ان يعمل او بعد ما عمل فنوصف من نصف
المال والهبة لانه مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض
ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال ببضاعة ونصفه مضاربة
فقبضه المضارب على ذلك فهو جايز والمال على ما سميا في المضاربة
والبضاعة والوضيعة على رب المال ونصف الربح لرب المال ونصفه
على ما شرطا لان الاشتراط لا تمنع من العمل من المال مضاربة وببضاعة
وجازت المضاربة والبضاعة وانما كانت الوضيعة على رب المال
لانه لا ضمان على المبضع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة
البضاعة من الربح لرب المال خاصة لان المبضع لا يستحق الربح وحصة
المضاربة بينهما على ما شرطا لانه ربح حصل من مال المضاربة والمضاربة
قد صحت فتكون في يد المضارب على ما سميا لان كل واحد منهما اعني
الوديعة والمضاربة امانة فلا تنافيان فكان نصف المال في يد المضارب

وديعة

وديعة ونصفه مضاربة الا ان التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل
جزء من المال بعضه وديعة وبعضه مضاربة والتصرف في الوديعة لا يجوز
الا بعد القسمة لان كل جزء من المال بعضه وديعة وبعضه مضاربة
والتصرف في الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم
عمل باحد النصفين على المضاربة فربح او وضع فالوضيعة عليه وعلى رب
المال نصفين ونصف الربح للمضارب ونصفه على ما شرطا لان
قسمة المضارب هناك لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فاذا افرز
بعضه فقد تصرف في مال الوديعة وفي مال المضاربة فهلك في مال
الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وهلك في حصة المضاربة
فهو على الشرط ومن هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه
من المدفوع اليه بخمسمائة ثم امره بان يبيع النصف الباقي ويعمل
بالثمن كله مضاربة على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما
نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول ابي حنيفة لانه هذا
مذهبه ان من كان له على رجل دين فامره ان يشتري له بذلك شيئا لا
يصح والمشتري يكون للمأمور لا للامر ويكون الدين على المأمور
على حاله واذا كان كذلك هنا امره ان يعمل بالدين وينفذ ثمن المتاع فما
ربح في حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف في ملك نفسه فيكون
ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة عليهما لان
المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما واما في قياس قول ابي يوسف
ومحمد فمقدار ما ربح في الخمسمائة التي امره ان يبيع نصف المتاع بها فهو
نصفان على ما اشترطا وما ربح في النصف الذي عليه من الدين يكون
لرب المال لان من اصلهما ان الامر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة
فاسدة لانه اذا اشترى صار غاصبا والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت
المضاربة ههنا جايزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيح
يكون بينهما على الشرط وفي الفاسد يكون لرب المال ولو شرط الدافع

لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسئلة بحالها فان في قول ابي
حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا نصف الربح من نصيب المضارب
خاصة والسدس من نصيب الدافع كانه قال له اعمل في نصيبك على ان الربح
لك واعمل في نصيبي على ان لك ثلث الربح من نصيبي واما على قياس قولهما
فقد دفع نصفه مضاربة جايزة ونصفه مضاربة فاسدة فما رزق الله في النصف
الذي كان دينا فهو لرب المال لانه مضاربة فاسدة وما رزق الله في النصف الذي
هو ثمن المتاع فالربح في النصف الذي كان دينا فهو لرب المال لانه مضاربة
فاسدة وما رزق الله في النصف الذي هو ثمن المتاع والربح بينهما على ما شرطا فصار
لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث ولو كان شرط لرب المال ثلثي الربح
وللمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول ابي حنيفة لان رب المال
شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة
من عمل ولا راس مال بالحل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف
الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب ثلث ربح النصف
الاخر والله اعلم وسمعنا تسليم راس المال الى المضارب لانه امانة فلا يصح
الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ولا تصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم
التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما
قلنا فرق بين هذا وبين الشركة وانه يصح مع بقاء يد رب المال على ماله
والفرق ان المضاربة انعقدت على راس مال من احد الجانبين وعلى العمل
من الجانب الاخر فلا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان
هذا شرطا موافقا مقتضى العقد وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت
المضاربة سواء عمل رب المال معه او لم يعمل لانه شرط عمله معه شرطا بقاء يده
على المال وانه شرط فاسد وان سلم راس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم
استعان به في العمل او دفع المال اليه بضاعة جاز لان الاستعانة به لا توجب خروج
المال عن يده وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد لابد من زوال يد رب المال عن
ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب او الوصي اذا دفع مال الصبي مضاربة فشرط

عمل

عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فيمنع التسليم
وكذلك احد شريكي المفاوضة او العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط
عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم فاما العاقد
اذا لم يكن مالكا للمال فشرط ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان ممن
يجوز ان ياخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة لاب والوصي اذا
دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا مع المضارب يجوز من الربح
لانه لو اخذ مال الصغير مضاربة بانفسهما جاز فكذا اذا شرط عملهما
مع المضارب وصارا كالاجنبيين وان كان العاقد ممن لا يجوز ان ياخذ
مال المالك مضاربة فشرط عمله تفسد العقد كالماذون اذا دفع مالا
مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان الماذون وان لم يكن مالكا رقبة المال
فله التصرف ثابتة له عليه فيتزل منزلة المالك فما يرجع الى التصرف
فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط
الماذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى
هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل في يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم
فان كان عليه دين فالمضاربة جايزة في قول ابي حنيفة لان المولى لا يملك
اكساب مكاتبه وهو فيما كالاجنبي ولو دفع الى انسان مالا مضاربة
وامره ان يعمل برايه ودفعه المضارب الاول الى اخر مضاربة على ان يعمل
المضارب معه او يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب
والملك للمولى وكذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب اذا دفع
المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة
الاولى على حالها جايزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرطا
في المضاربة الاولى ولا اجر لرب المال اما فساد المضاربة الثانية فلان
يد رب المال يد ملك ويد المالك مع يد المضاربة لا يجتمعان فلا تصح
المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الاولى على حالها ولم يذكر القدوري
في شرحه مختصر الكرخي خلافا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي

ان هذا مذهب اصحابنا الثلاثة وعند زفر لتفسخ المضاربة الاولي بدفع
المال الي رب المال والرد عليه وجه قوله ان زوال يد رب المال شرط صحة
المضاربة فكانت اعادة يده اليه مفسدة لها ولنا ان رب المال يصير معينا
للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقي العقد الاول والاجر
لرب المال لانه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الاجر واما الذي يرجع الي الربح
فنعلم اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه
يوجب فساد العقد ولو دفع اليه الف درهم علي انهما شريكان في الربح ولم
يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضي
المساواة قال الله تعالي فهم شركاء في الثلث ولو قال علي ان للمضارب شركاني
الربح جاز ذلك في قول ابي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة
فاسدة وجه قول محمد ان الشرك هو النصيب قال الله تعالي ام لهم شرك في
السموات اي نصيب وقال تعالي وما لهم فيهما من شرك اي نصيب فقد
جعل له نصيبا من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا وجه قول ابي
يوسف ان الشرك يذكر بمعني الشركة يقال شركته في هذا الامر اشركه
شركة وشركا ويذكر لمعني الشركة لنصيب ايضا لكن في الحمل علي الشركة
تصحيح العقد فيحمل عليه تصحيحا وسنها ان يكون لاحدهما مائة درهم
من الربح راشا لها نصفا او ثلثا او ربعا فان شرط عدد معقدا بان شرطا
ان يكون لاحدهما مائة درهم من الربح او اقل او اكثر والباقي للاخر لا يجوز
والمضاربة فاسدة لان المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا
شرط يوجب قطع الشركة لجواز ان لا يربح المضارب الا العدد المذكور فيكون
ذلك لاحدهما دون الاخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة
وكذلك ان شرطا ان يكون لاحدهما النصف او الثلث ومائة درهم او قال الا
مائة فانه لا يجوز لما ذكرنا انه شرط يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط النصف
الا مائة فمن الجايز ان يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط
في العقد ان تكون الوضيعة عليهما بحمل الشرط والمضاربة والاصل في الشرط

الفاسد

الفاسد اذا دخل في هذا العقد انه ينظر ان كان يودي الي جهالة الربح
يوجب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه و
يجب فساد العقد وان كان لا يودي الي جهالة الربح فلا يوثر في العقد
فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تعذف محتمة علي البعض فلا يفسده الشرط
الزايد الذي لا يرجع الي المعقود عليه كالهبة والرهن والاعارة والوكالة و
الشروط الفاسدة لا تعمل في الوكالة وذكر محمد رحمه الله في المضاربة
اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر
ما عملته في المضاربة صحت المضاربة في الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة
اذا دفع اليه ارضه بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمزا
رعة
باطلة من اصحابنا قال في المبسوط رواية في كتاب المزارعة تقتضي
فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من الشاهرة معقود عليه وقد قطع
عقد الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة تقتضي ان تصح
المضاربة لانه عقد علي ربح معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فيبطل الشرط
وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسيالتين لان معني الاجارة
في المزارعة ظهر منه في المضاربة بدليل انها لا تصح الا بمدة معلومة و
المضاربة لا تفسد في صحتها الي ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز ان يوثر في المزارعة
ولا يوثر في المضاربة وعلي هذا الاصل قال محمد فيمن دفع الف مضاربة
علي ان الربح بينهما نصفين علي ان يدفع رب المال ارضه ليزرعها
سنة او داره ليسكنها فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطا
فاسدا لا يقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه ان يدفع
ارضه ليزرعها رب المال سنة او يدفع داره الي رب المال ليسكنها سنة
فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الدار
والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروي المعلا
عن ابي يوسف في رجل دفع ماله الي رجل مضاربة علي ان يبيع في دار المضارب
كان جايزا لكن ان شرط ان يسكن دار رب المال او رب المال دار المضارب فهذا

لا يجوز لانه اذا شرط البيع في احد الدارين فانما خص البيع بمكان دون
مكان ولم يقيد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل ذلك
المنفعة اجرة له واطلق ابو يوسف انه لا يجوز ولم يذكر انه لا يجوز الشرط
او لا تجوز المضاربة وذكر القدوري انه ينبغي ان يكون الفساد في الشرط لان في المضاربة
ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند اصحابنا وعند الشافعي هو مضاربة
فاسدة ولد اجر مثله اذا عمل وجه قوله ان المضاربة عقد شركة في الربح فشرط
قطع الشركة فيهما تكون شرطا فاسدا ولنا انا لم نمكن تصحيحهما مضاربة فصح
قرضا لانه اتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط
جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع والله اعلم

فصل واما حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما ان تكون صحيحة
او فاسدة ولكل واحد منهما احكام اما احكام المضاربة الصحيحة فلتغير بها
بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب
ورب المال مما لكل واحد منهما ان يعمله وما ليس له ان يعمله وبعضها يرجع
الى ما يستحقه بالعمل اما الذي يرجع الى جانب المضارب فهو ان راس المال
قبل ان يشتري للمضاربة صنفا صارت بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه
تصرف في مال الغير بامره وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على العروف وهو
ان يكون بمثل قيمته لو بما يتغابن الناس في مثله كما لوكيل بالشراء وبيعه
على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع مطلقا ولو اشتري شيئا فاسدا يملك
اذا قبض لانه يكون مخالفا ويكون المشترى على المضاربة وكذا اذا باع شيئا من مال
المضاربة بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل
بالشراء والبيع مطلقا يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفا فاذا ظهر في
المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزءا من المال
المشترك بعمله والباقي لرب المال لانه نماء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه
صار بمنزلة الاجير لرب المال واذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب
ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح بعد ما صار مضمونا عليه كله لان الخراج

بالضمان

٥٤١

بالضمان لكن لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يطيب له
وهو على الاختلاف في الغاصب والمودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وربحا
ولو اراد رب المال ان يجعله المال مضمونا على المضاربة فالحيلة في ذلك ان يقرض المال
من المضارب ويشهد على ذلك ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة بالنصف او بما
لتلث ثم يدفع الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض
عليه واذا لم يعمل وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة اخرى ان يقرض رب
المال جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم
انهما يشتركان في ذلك درهم شركة عنان على ان يكون راس مال المقرض درهما وراس
مال المستقرض جميع ما استقرض على ان يعملا جميعا وشرطا على ان يكون راس مال المقرض
درهما وراس مال المستقرض جميع ما استقرض على ان يعملا جميعا وشرطا على ان يكون
الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده
كان القرض عليه على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط واما الذي يرجع الى
عمل المضارب مما له ان يعمله بعقد المضاربة وما ليس له ان يعمل بد فجملة الكلام فيه
ان المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة ان يدفع المال مضاربة من غير
تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة ان يعين شيئا
من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم اربعة اقسام قسم
هو مما للمضارب ان يعمله من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى القول اعمل
فيه برايك الا بالتنصيص وقسم هو مما اذا قيل له اعمل فيه برايك وان لم ينص عليه
وقسم له هو مما ليس له ان يعمله راسا وان نص عليه اما القسم الذي للمضارب
ان يعمله من غير التنصيص عليه والقول فيه اعمل برايك ان المضاربة المطلقة
عن الشرط والقيد بدهي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله
تعالى من ربح فهو بيننا على كذا او قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله ان
يشتري به ويبيع لانه امره بعمل هو سبب لحصول الربح وهو الشراء والبيع
وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء و
البيع الا ان شراءه يقع على العروف وهو ان يكون بمثل قيمته المشتري او بما قل

من ذلك مما لا يتفاوت الناس في مثله لانه وكيل وشرا الوكيل بالشرا وما يبيعه فعلي الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في الوكيل بمطلق البيع انه يملك البيع نقدا ونسيئة وبغبن فاحش في قول ابي حنيفة فالمضاربة اولي لان المضاربة اعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا مما لا يتغابن الناس في مثله وهي من سايل كتاب الوكالة وله ان يشتري بعد المال من سايرانواع التجارات وسايرالاماكنه مع سايرالناس لاطلاق العقد وله ان يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق الي ذلك ولانه يملك الاستيجار فالابضاع اولي لان الاستيجار استعمال في المال بعمل والابضاع استعمال بغير عوض فكان اولي وله ان يودع لان الايداع من عادة التجار وضرورة التجارة وله ان يستاجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار ومن ضرورات التجارة ايضا لان الانسان قد لا يمكنه جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الي الاجير وله ان يستاجر البيوت ليجعل المال فيها لانه لا يقدر علي حفظ المال بد وله ان يستاجر السفن والدواب للحمل لان النقل من مكان الي مكان طريق حصول الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله ان يوكل بالبيع والشرا لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الي المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة اعم من الوكالة ويجوز ان يستفاد بالشي ما هو دونه فجاز ان الوكالة المفردة ان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برايك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولي والشي لا يستتبع مثله وكل ملكان للمضارب ان يعمل بنفسه فله ان يوكل به غيره وكلما لا يجوز ان يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته علي رب المال لانه لما لم يملكه ان يعمله بنفسه فتوكيله اولي وله ان يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين لانه مما علي رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس للمضارب ان يرهن بعد مي رب المال من العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهي والموت الذي تتصرف فيه بدراس المال علي ما يذكر والرهن ليس تصرفا فيه بدراس المال فلا يملكه المضارب وله ان يودع

شيا

٥٤٢

شيا فاخر الثمن جاز لان تاخير الثمن من عادة التجار اما علي اصل ابي حنيفة فظاهر لان الوكيل بالبيع اذا اخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك ان يستقرض ثم يبيع نسيئة فيملك التاخير ابتداء فلم يضمن فاما الوكيل فلا يضمن يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة فاذا اخر ضمن واما عند ابي يوسف فانما جاز للمضارب دون الوكيل لهذا المعني ايضا وهو ان المضارب يملك ان يشتري السلعة او يستقبل فيها ثم يبيعها نسيئة فيملك تاخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله ان يحتال بالثمن علي رجل موسر كان المحتال عليه او معسرا لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الي الدين قد يكون اليسر من نقد المحتال عليه من ذمة المحيل بخلاف الوصي اذا احتال بمال اليتيم ان كان ذلك اصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبني علي النظر وتصرف المضارب مبني علي عادة التجار فاعرفه وله ان يستاجر ارضا بيضاء ويشتري ببعض المال لحما فيزرعه فيها وكذلك له ان يقبلها ليغرسها فيها نخلا او شجرا او رطبا فذلك كله جايز والربح علي ما شرطا لان الاستيجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب والمضارب ان يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد انما هو تثمار المال وهذا المقصود بالسفر اوفر لان العقد مطلق فمن المكان يجري علي اطلاقه ولان ماخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض قال الله تعالي واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والضرب في الارض هو السفر ولانه طلب الفضل قال الله تعالي وابتغوا من فضل الله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف في رواية ومحمد عنه وفي رواية اصحاب الاملا عنه ليس له ان يسافر وروي عنه الفرق بين الذي نشب في وطنه والذي لا يثبت وبين ماله حمل ومونة وما لا حمل له ولا مونة في الشركة فالمضاربة علي ذلك وقد ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب الشركة وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من اهلها فان ابا حنيفة قال له ان يسافر بالمال وان كان الدفع في مصر غير الكوفة فللمضارب ان يخرج به حيث شا وقد ذكرنا وجه الروايتين المشهورتين في كتاب الشركة وانما وجه رواية ابي يوسف عنه ان السافرة بالمال محاطر به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا او دلالة فاذا دفع المال اليه في بلد بعينها فلم يأذن

له بالسفر نصا ولا وجد منه ما يدل عليه فلم يكن له ان يسافر واذا دفع اليه في غير بلدها
فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة
ويترك وطنه فكان دفع المال في غير بلدها رضي بالرجوع الى الوطن فكان اذنا دلالة
وله ان يأذن لعبد المضاربه بالتجارة لان الاذن بالتجارة من التجارة ومن عادة التجار
ايضا وروي بن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة
اعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه ولان يبيعهم اذا لحقهم دين سوى مال
المولى حاضرا او غايبا لان البيع في الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى
ولو جنى عبد المضاربة بان قتل انسانا خطا وقيمته مثل مال المضاربة بان كان
راس المال الف درهم فاشترى بها عبدا قيمته الف فقتل انسانا خطا لا يخاطب
المضارب بالدفع او الفداء لان الدفع او الفدا ليس من التجارة والملك ايضا للمضارب
في رقبته لانعدام الفضل والتدبير في جنايته الى رب المال لان رقبته خالص ملكه
لا ملك للمضارب فيه بخلاف عبد عبد المأذون انه اذا جنى انه يخاطب المأذون
بالدفع والفداء في غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه
كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهدة على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهدة عليه
فدل انه متصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر فاما المضارب
فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشراء يخاطب بحكم
الجناية فهو الفرق بين الفصلين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفدا
فله ذلك لانه بالفدا يستبقي مال المضاربة اما اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال ملكه
عنه الى العبد فصار كانه هلك وقد فدا فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربه
ولان اختيار الفدا دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح
لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد الفين فجنا جناية خطا لا يخاطب المضارب
بالفدا الدفع او الفدا اذا كان رب المال غايبا وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام
سبيل الا ان لهم ان يستوثقوا من الغلام بكفيل الى ان يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى
بالدفع والفدا اذا كان المضارب غايبا وليس لاحدهما ان يفدي حتى يحضرا جميعا
فان فدا كان متطوعا في الفدا فان حضر دفعا او فديا فان دفعا فليس لهما شيء وان فديا

كان

كان الفدا عليهما ارباعا وخرج العبد من المضاربه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية وجه قول ابي يوسف
ان نصيب المضارب لم يتعين في الدفع لعدم تعين راس المال لان التعين بالقسمة ولم يوجد
فبقي المال على حكم رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب
ولهما انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا لو اعتقه نفذ
اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره
واما قول ابي حنيفة لم يتعين في الدفع لعدم تعين راس المال فنقول لا بل يتعين ضرورة
لزوم الفداء في نصيبه لانا لو لم نجعله فداء في نصيبه ولا يلزم الا بتعين حقه ولا يتعين راس
المال الا بالقسمة فتثبت القسمة ضرورة فاذا اختار احدهما الدفع والاخر الفدا فلهما
ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك
اذا حضر احد الشريكين وغاب الاخر يخاطب الحاضر بحكم الجناية من الدفع والفداء وههنا
لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف احدهما يتضمن قسمة لان المال
لا يبقى على المضاربة بعد الدفع او الفدا والقسمة لا تصح الا بحضرتهما والدفع او الفدا من
احد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشريك الاخر فلا يقف على حضوره
وهذا بخلاف عبد المرهون اذا كانت قيمته اكثر من الدين فجنى جناية خطا انه يخاطب
الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار احدهما الدفع والاخر الفدا لم يكن لهما ذلك
فيلزمهما ان يجتمعا على احد الامرين لان المال هناك واحد فاختلاف اختيارهما يوجب
ببعض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وههنا
مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك ببعض موجب الجناية في حق
مالك واحد وقد قالوا اذا غاب احدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة
حتى يحضرا لان كل واحد منهما له في حق العبد فكان التدبير في الجناية اليهما ولا يجوز
سماع البينة على احدهما مع غيبة الاخر وانما اخذ العبد كفيل لانه لا يؤمر عليه ان يغيب
فيسقط حق ولي الجناية لان حقه متعلق برقبته فكان له ان يستوثق حقه بكفيل
وحقوق العقد في الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لانه هو العاقد
فهو الذي يطالب بتسليم الثمن وبتسليم المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم

لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به رب المال لم
يكن للمضارب ان يرده ولو كان المضارب علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن
للمضارب ان يرده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضا
لا علم رب المال ولو اشترى عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشرا رضيت
بهذا العيب بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضي به فقد ابطل حق نفسه ولو ان
رب المال رفع اليه دراهم مضاربة على ان يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه
فاشتراه المضارب ولم يره فليس له ان يرده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لانه
امره بالشرا بعد العلم رضي منه بذلك العيب لكان يقال بعد الشرا قد رضيت
بخلاف ما اذا امره بشرا عبد غير معين لانه لا يعلم الذي يشتري العبد المعيب لاحتماله
حتى يكون عالما ودلالة الرضا بعده ان ياخذ بالشفعة في دار اشتراها اجنبي
الى جنب دار المضاربة او باع رب المال دار النفسه والمضارب شفيعها فدار
اخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شا الله تعالى ولو دفع المالين الى
رجلين مضاربة فليس لاحدهما ان يبيع ويشتري بغير اذن صاحبه ولا يعمل احدهما
شيا من المضاربة الواحد ان يعمل سوا قال لهما اعملا برايكما او لم يقل لانه راضي برايهما
ولم يرض برا ي احدهما فصارا كالوكيلين وان اذن له الشرط في شي من ذلك جاز
في قولهم جميعا لانه لما اذن له فقد اجتمع رايهما فكان عقدا جميعا واما القسم الذي
ليس للمضارب ان يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة فليس له ان يستدين
على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون دينا على المضارب في ماله
لان الاستدانة اثبات زيادة في راس المال من غير رضي رب المال بل فيها اثبات
زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لانه ثمن المشترا براس المال في باب المضاربة
مضمون على رب المال بدليل ان المضارب لو اشترى براس المال ثم هلك المشترا قبل التسليم
فان المضارب يرجع على رب المال بدليل ان المضارب لو اشترى براس المال بمثله فلو
جوزنا الاستدانة على المضاربة لالزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز و
الاستدانة هي ان يشتري المضارب شيا بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى
انه لو لم يكن في يده شي من راس المال من الدراهم والدنانير فان اشترى

براس المال سلعة ثم اشترى شيا بالدراهم والدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشترا له
عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فصار مستدينا على
المضاربة فلم يجز على رب المال وجاز عليه لان الشرا وجد لفادا عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف وسوا اشترى بثمن حال او مؤجل لانه لما اشترى بما ليس في يده
من جنسه فصار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في يد المضارب
من العبد او العروض يساوي راس المال او اكثر فاشترى شيا للمضاربة بالدراهم
والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حلول الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف بطلت
الشركة وصار الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشرا للمضاربة فوقع العقد له
فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له ان يشتري
باكثر من راس المال الذي في يده لان الزيادة تكون دينا وليس في يده من مال المضاربة
ما يودي حتى لو اشترى سلعة بالفي درهم ومال المضاربة الف كانت حصة الالف
من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربحه وعليه
وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشرا بالالف ولا يملك الشرا
بما زاد عليهما للمضاربة ويملك الشرا لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب
راس المال وهو قايم في يده فليس له ان يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير
من المكيل والموزون والعدد والثوب الموصوف الموجل لان الشرا بغير الاثمان
اذا لم تكن في يده شي من ذلك لان الشرا بغير الاثمان يكون استدانة على المال ولو كان
في يده من مال المضاربة مكيلا او موزونا فاشترى ثوبا او عبدا بمكيل او موزون موصوف
في الذمة كان المشترا للمضاربة لان في يده من جنسه فلم يكن استدانة لان في يده
من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير وكان في يده دنانير فاشترى
بدراهم فالقياس ان لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز وجه
القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس
في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعروض وجه الاستحسان انهما
عند التجار كجنس واحد لانهما من الاثمان بما تقدر المتلفات وارش الجنايات
وقيم المتلفات ولا تتقدر تقوم كل واحد منهما بالاخر فكانا بمنزلة شي واحد فكان

مشترى بثمن في يده من جنسه وكذا لو اشترى بثمن هو من جنس راس المال لكنه
يخالفه في الصفة بان اشترى بدراهم غلة وراس المال دراهم صحاح فذلك جايز
على المضاربه وقال زفر لا يجوز شئ من ذلك على المضاربه ويكون استدانه وجعل اختلاف
الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما صفته افضل من صفة راس المال
جاز وهذا يشير الى انه لو اشترى بما صفته ازيد من صفة راس المال انه لا يجوز
على المضاربه ووجهه انه اذا اشترى بما صفته افضل من صفة راس المال
كان في يده ذلك القدر والذي اشتراه به فلا يجوز على المضاربة والصحيح قول ابي
حنيفة وابي يوسف لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف
الصفة اولى لانه تتفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان راس المال الف
درهم فاشترى سلعة بالف او بدنانير او بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك ان يشترى
بعد ذلك على الالف المضاربة شيا بالف اخرى او بغير ذلك لان مال المضاربه كان
مستحقا بالثمن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة
فلا يملك وان اشترى عليهما او لا عبد خمس مايه لا يملك ان يشترى الا بقدر
خمس مايه لان خمسمايه خرجت من المضاربه فاذا اشترى باكثر مما بقى صار
مستدينا على مال المضاربة فلا يصح ولو باع للمضارب واشترى ونصف ثمنه في المضاربة
فحصل في يده صوف من الاموال الكيل والموزون والعدد وغير ذلك من سايرالاموال
ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له ان يشترى متاعا ليس في يده
مثله من جنسه وصفته وقدره فان اشترى عبدا بكر حنطة موصوفة فان
اشترى كر حنطة وسط وفي يده الوسط او كر حنطة جيد وفي يده الجيد جاز
وان كان في يده اجود مما اشترى بيده او دون لم يكن للمضاربة وكذا المضارب
لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينا على المضاربه فلا يجوز وليس اختلاف
الصفة ها هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هناك من
الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة اولى لانه دونه واختلاف
الجنس هاهنا يمنع الجواز فكذلك اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا انه لا يجوز
من المضارب الاستدانه على رب المال ليتوى فيه ما اذا قال له رب المال اعمل برايك

اولم

اولم يقل لان قوله اعمل برايك تفويض الراي اليه فيما هو من المضاربه والا
على رب المال لم يدخل في عقد المضاربه فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا
ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانه على مال المضاربه لا يجوز له الاستدانه على العامل
مال المضاربه حتى لو اشترى المضارب جميع مال المضاربة شيا ثم اتجر على
جملتها او على تصارعها او نقلها كان متطوعا في ذلك كله لانه لما لم يقف في يده
شئ من راس المال صار بالاشتجار مستدينا على المضاربه فلم يجز على ما قصا
عاقد النفسه متطوعا في مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره او تصرف شيا بالغير
لغير امره قال محمد وكذلك اذا صبغها سودا من ماله فقبض ذلك لان
الاستدانه لا تجوز ويصير شريكا بالسواد لانه لم يوجب في العين زيادة بل الآ
نقصانا فيها ولا يضمن لفعله سواء قال له اعمل برايك او لم يقل لانه ماذون
فيه لعقد المضاربة بدليل انه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب بالسواد فقبض
ذلك لم يضمن فكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بالصفر او زعفران
او صبغ بزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شئ فان كان لم يقل له اعمل
برايك فهو ضامن من رب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه
وسلم له المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيصرف فيرد المال وضمنه
ابيض ويضرب المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قايم فهو اصاب
المتاع فهو مال المضاربة وما اصاب الصبغ فهو للمضارب خاصة لان الصبغ استدانة
على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من عين المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه
بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برايك يضمن وصار كما لو جنى خلط المال او وضع الثياب
اجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة و
تضارب بثمنها كذا هذا وان كان قال له اعمل برايك فلا ضمان عليه لانه
اذا قال له ذلك فله ان يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلا يضمن
بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا باع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب ابيض
فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب والله اعلم وانا انذ
للمضارب ان يستدين على مال المضاربة حاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة

بينهما شركة وجوه وكان المشترى بينهما نصفين لانه لا يحتمل ان يجعل المشترى بالدين
مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فيجعل شركة وجوه ويكون المشترى
بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما نصفين
او اثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة
انه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان
فان شرط التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان لم يكن كان المشترى
نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح فاذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن
دينا عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب ان يرهن به مال المضاربة
الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد اعاده نصف المرهون
ليرهنه بدينه فاذا هلك صار مضمونا عليه وليس له ان يقرض مال المضاربة
لان القرض تبرع للحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير معاوضة في الثاني
ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك القرض لان كل واحد منهما متبرع ولا ياخذ سفتجه
لان اخذ السفتجه استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطي سفتجه لان اعطاء
السفتجه اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن ابي
حنيفة انه قال ليس له ان يقرض ولا ان ياخذ سفتجه الا ان يامره بذلك بعينه فيقول
له خذ السفاتج واقرض ان احببت فاما ان قال اعمل في ذلك برايك فانما هذا على البيع
والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول ابي يوسف وقولنا وهذا الذي ذكرنا ان
قوله اعمل في ذلك برايك تفويض الراي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة
وكذا الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد اخر وان المضاربة وهو انما
فوض الراي اليه في المضاربة خاصة لان عقدا اخر لا يتعلق بما قلنا يدخل في ذلك وليس
له ان يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برايك ولو اشترى بخمير
مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو ان
يكون بمثل القيمة او ما يتغابن الناس في مثله لان الشراء بما لا يتغابن الناس في
مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق
على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدين في ذمة المفلس وليس له ان يزوج عبدا ولا

امة من مال المضاربة في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يزوج الامة ولا يزوج
العبد والمسئلة ذكرناها في موضع اخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له ان
يتزوج امة من مال المضاربة لانه لا يملك ان يشتري شيئا من مال المضاربة
لنفسه فلا يملك ان يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو
جايز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة بالحجر فلانه اذا لم يكن في
المضاربة ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له فيها حق التصرف فوانه لا يمنع
النكاح كالعبد المأذون واما خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج
امة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع واجرارها
للمشتري فكان اتفاقهما على التزوج اخراجا منهما اياها عن المضاربة وحسب
مقدار قيمتها من راس المال لانه لما اخرجها من المضاربة بتصارا كانه استرد ذلك
القدر من راس المال وقد قال الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة ان المضارب لا يملك ان
يزوج امة من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس
من التجارة وذكر القدوري وقال ينبغي ان يكون هذا قولهم لان عند ابي يوسف
اذا كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو اخذ المضارب نخلا وشجرا
وشرط بامعاملته على ان ينفق من المال لم يجز عليه رب المال وان كذا قال له رب المال حين
دفع المال اليه اعمل في ذلك برايك لانه اخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس
المضارب لانه خرج تحت عقد المضاربة فصار كالواجر نفسه للخدمة ولا يقدر ما شرط
من الانفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخياط في اجارة الخياط والصبغ
في الصباغ وكذا لا يجتبر قوله اعمل برايك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الراي
اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس
المضارب لا يجوز ان يستحق بدل لمارب المال ولو اخذ ارضا مزارعة على ان يزرعها
فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال
محمد هذا لا يجوز ان كان قال له اعمل برايك فان لم يكن قال له اعمل برايك لم يجز
لانه يوجب حق الرب الارض في مال رب المال فيصير كانه شارك في مال المضاربة
وانه لا يملك الاشراك بالحاق العقد ما لم يقل اعمل برايك واذا قال ملك كذا هذا

وقد قال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا كان من قبل الارض والعمل على المضارب تعلم بذلك على المضاربة بل كان للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك لو شرط البذر على المضارب لان العقد وقع على منفعته وانما البذر آلة العمل الا انه تبع فلم يقع عليه العقد ولو دفع المضارب ارضا بغير بذر مزارعة جاز سواء كان قال له اعمل برايك اولم يقل لانه لم يقل شركة في مال رب المال وانما اجر ارضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة واما القسم الذي للمضارب ان يعمله اذا فعل لما عمل برايك اولم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فلو ان يد دفع مال المضاربة بمال نفسه اذا قال له رب المال اعمل فيه برايك وليس له ان يعمل شيا من ذلك لانه لم يقل ذلك اما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا واما الشركة فهي اولى ان لا يملكها بمطلق العقد لانها اعم من المضاربة والشيء لا يستتبع مثله فما فوقه اولى واما الخلط فلان يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه فان لم يقل له فدفع المضارب مال المضاربة مضاربة الى غيره فانه لا يخلو امان وجوه اما ان كانت المضاربتان صحيحتان واما ان كانتا فاسدتان واما ان كانت احديهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع الى الثاني حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل ان يعمل يهلك امانة وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثاني اولم يعمل واذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه قول زفر ان رب المال اذا لم يقل للمضارب اعمل برايك لم يملك دفع المال مضاربة الى غيره واذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار مضمونا عليه كالمودع اذا اودع ولنا ان بمجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع ثم روي الحسن عن ابي حنيفة انه لا ضمان على الاول حتى يعمل الثاني ويربح فاذا عمل به وربح كان هلاكا حين ربح فان عمل بالمال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروي عن محمد عن ابي يوسف انه لا ضمان عليه

حتى يعمل بالثاني فاذا عمل ضمن ربح الثاني اولم يربح وهكذا روي بن سماعة والفضل ابن حاتم عن ابي يوسف وهو قول محمد وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه قولهما انه لما عمل فقد قصر في المال بغير اذن المالك فيتعلق به الضمان سواء ربح اولم يربح ولابي حنيفة انه لا سبيل الى التضمين بالدفع لانه ايداع وابضاع ولا بالعمل لانه ما لم يربح فهو في حكم البضع والبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز ان يضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بالشرط فصار الاول مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره او شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح او بنفس العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني اما على اصل ابي يوسف ومحمد في المودع اذا اودع فظاهر لوجوب سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان الاول تعدى بالدفع والثاني تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع اذا اودع واما على اصل ابي حنيفة في مسئلة الوديعة فيحتاج الى الفرق لان الضمان عنده على المودع لا على الثاني وفي مسئلة المضاربة اثبت خيار تضمين الاول لان المضارب الثاني عمل في المال لمنفعة نفسه وهو الربح فكان عامل لنفسه فجاز ان يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الاول لحفظ الوديعة ولم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الاول وبين الثاني والربح على ما شرطا لانه لما تقرر الضمان على الاول فقد ملك المضمون فصار كانه دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني وكان الربح على ما شرطا لان الشرط قد صح وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا من جهته فكان له ان يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة لان الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجل شيا فوهبه فسلمه في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن



وجد العرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن والمانع من المرتهن بدين ان قبضه
لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح اذ لا صحة لما بدون القبض واما في المضاربة فقضيتي
الثاني ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة عقد جايز فكان لبقايه حكم
الابتدا كانه ابتدا العقد بعد اداء الضمان فكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده
وذلك لا يبطل المضاربة الا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة
وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا
ذكر ابن سماعة عن محمد انه يطيب الربح للاسفل ولا يطيب للاعلى في قياس
قول ابي حنيفة لان استحقاق الاسفل لعمله فيطيب له الربح
للاسفل ولا يطيب للاعلى في قياس قول ابي حنيفة لان استحقاق الاسفل لعمله
ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فاما الاعلى فانما يستحق الربح برأس المال والمال
في راس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلوا عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان فلا على احد منهما وان عمل المضارب لان الاول اجير في مال المضاربة
والثاني اجير للاول فصار كمن استاجر رجلا يعمل في ماله فاستاجر الاجير رجلا وكانت
احديهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فكذلك
لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب في المال لان المضارب الثاني لاجير الاول
والاجير لا يستحق شيئا من الربح فلم يثبت له شركة في راس المال فلا يجب الضمان
على الاول ولا على الثاني لانه لا ضمان على الاجير وله اجر مثله على المضارب الاول والمضارب
الاول لما شرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثانية
صحيحة فكذلك لان الاول اجير في مال المضاربة ولا حق له في الربح فلم ينفذ شرطه
فيه فلا يلزمه الضمان اذ الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب
المال لانه ربح حصل في مضاربة فاسدة والمضارب الاول اجر مثله لان عمل الثاني وقع
له فكانه عمل بنفسه والثاني مثل ما شرطه من الربح لانه عمل بمضاربة صحيحة وقد
سمي له شيئا هو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل لرب المال اعمل برايك فاما
اذا قال له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فجملة الكلام فيه ان رب المال
لا يخلو اما ان حلف الربح في عقد المضاربة ولم يضف الى المضارب بان قال على ان
ما رزقك الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان او قال ما الهم الله تعالى من ربح فهو

بيننا

بيننا نصفان واما ان اضافه الى المضارب بان قال على ان ما رزقك الله من ربح
فهو بيننا نصفان او ما الهمك الله تعالى من ربح او على ان ما وهب لك من شيء
او ما اصبت من ربح فان الحلف الربح ولم يضفه الى المضارب ثم دفع المضارب
الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث الربح للثاني لان شرط
الاول للثاني ان شرط الاول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث
جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه فكان ثلث جميع الربح للثاني
ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيئا فانصرف
شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال وبقي نصيب رب المال على حاله وهو
النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثاني فبقي له
بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه
كمن استاجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من خاطه بنصف درهم
طاب له الفضل لان عمل اجيره وقع له فكانه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثاني
مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شيء للمضارب
الاول لانه جعل ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شيء
للمضارب الاول وصح جعله لانه مالك النصف والنصف لرب المال بالعقد الاول
فصار كمن استاجر رجلا على خياطة ثوب بدراهم فاستاجر الاجير من خاطه بدراهم
ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب
الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرطه لان شرط الزيادة
انما لم ينفذ في حق رب المال لما لم يرض بتفسد ما قلنا من نصف الربح فقد صلح
فيما بين الاول والثاني فلان الاول غر الثاني باستعجاب الزيادة والغرور في العقود
من اسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول
صار ملتزما سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيغرم للثاني مثل سدس
من الربح ولا يصير بذلك مخالفا فلو كان استاجر رجلا ليخيط له ثوبا بدراهم فما
استاجر الاجير من يخيطه بدراهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا
هذا واذا اضاف الى المضارب قد فعد الاول مضاربته الى غيره بالثلث او

بالنصف او بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب
الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول
ووجه الفرق ان هناك شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى
للمضارب او نصف ما ربح المضارب فاذا دفعه الى الثاني مضاربة بالثلث
فان الذي رزق الله المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان
بين رب المال والمضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث واذا دفعه
مضاربة بالنصف على كان ما رزق الله تعالى المضارب الاول النصف فكان
النصف للثاني والنصف بينهما نصفين وان دفعه مضاربة بالثلثين كان
الذي رزق الله تعالى الثلث فالثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد
منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع
ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك يصرف الى كل الربح وكذا اذا
خلط مال المضاربة بمال نفسه لانه فوض امره الى رأيه وقد رأى الخلط واذا
ربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون
بينهما على الشرط وكذا اذا اشترك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما
على الشرط لانه الشرط فتصح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة
المضارب فيستوي منهما رب المال راس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط
واما القسم الذي ليس للمضارب ان يفعله اصلا وراسا فشراء ما لا يملك بالقبض
وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه اما الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير
وام الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة تضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل
به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع والا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما
يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل منه الربح ايضا فلا يدخل تحت الاذن فان
اشترى شيئا من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيئا من مال
المضاربة يضمن واذا اشترى عبدا او ثوبا او عرضا من العروض لشيء مما ذكرنا
فجعله للميتة والدم فالشراء على المضاربة لان البيع هاهنا مما يملك بالقبض ويجوز
بيعه فكان هذا شراء فاسدا والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول
الصحيح والفاسد فاما اذا كان الثمن ميتة او دما فما اشتراه لا يكون المشتري

للمضاربة

للمضاربة بل يكون مشتريا لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضاربة لعتق على
رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك فلا يحصل المقصود من الاذن فلا يحصل
تحت الاذن ولو اشترى ذا رحم محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء
على المضاربة لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان
في المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه اذا كان لا يملك له فيه فيقدر على بيعه
فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه اذا كان
في المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيمتنع ذلك القدر عليه فلا
يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه يمتنع البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون
للمضاربة والله اعلم واما المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة في
جميع ما وصفنا لا يفترقان الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد اذا كان مفيدا
يثبت لان الرجل في الشروط اعتبارها ما امكن واذا كان القيد مفيدا كان ممكن الاعتبار
فيعتبر لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقا
فيما وراءه على الاصل للمعهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقا فيما
وراءه كالعام اذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراءه وان لم يكن مفيدا لا يثبت
بل يبقى مطلقا فيما وراءه وان لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا لان ما لا فائدة
فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرف هذا فيقول اذا دفع الرجل الى رجل الفا مضاربة
على ان يعمل بها بالكوفة فليس له ان يعمل بها في غير الكوفة لان قوله على ان من الفاظ
الشروط والشرط لا ان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا السفر خطر فيعتبر
وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدما وانما حدث بالعقد فيبقى فيما
تناوله العقد على اصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه
اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلان لا يملك الامر بذلك اولى وان اخرجها من الكوفة
فاذا اشترى بها وباع ضمن وكان الشراء لنفسه لما رجعد وعليه وضيعته لانه تصرف
لا على الوجه المأذون فيه فصار مخالفا فيضمن فان لم يشتر بها شيئا حتى ردها
الى الكوفة برئ من الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو اشترى ببعض
ورد بعضها فما اشتراه فهو له وما رد رجع به على المضاربة لانه تقيد الخلاف في المشترى وزال

من المقدر الموروث ولو دفع اليه على ان يعمل في سوق الكوفة فعمل بالكوفة في غير سوقها
فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس انه شرط عليه
العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين وجه الاستحسان
ان التعليق بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة
في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال اعمل في سوق الكوفة فعمل في غير السوق
يضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حجر عليه فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل
الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلغا ولو
قال خذ المال فاعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها لان في كلمة ظرف فقد جعل
الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه
وكذلك اذا قال فاعمل به في الكوفة لما قلنا ولان الفاء من حروف التعليق فيوجب تعلق
ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال
بالتصرف بالكوفة لان الباء من الصاق فيقتضي التصاق الصفة بالموصوف وهذا
يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به في الكوفة
فلك ان تعمل بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضاربة اقرار بما
للتصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة قلنا ان يعمل بالكوفة وحيث ما بدا له
اذن بالكوفة فكان له ان يعمل في اي موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدي
ثم قال له اعتق عبدي سالما ان له ان يعتق اي عبد شاء ولا يتقيد التوكيل
باعتاق سالم كذا هذا اذ المضاربة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال
مضاربة الى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعي المضاربة فاسدة وجه
قوله انه اذا وقت المضاربة فقد يحتمل انه لا يوجد ربح في الوقت فلا يفيد
العقد فائدته ولنا ان المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون
وقت وذكر الطحاوي وقال لم نجد عن اصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم
في الوكالة المطلقة وما قالوا ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا قال له بعد اليوم
وانت معزول غدا جاز ذلك ولم يكن له ان يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على ان تبيعه اليوم
دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف على ان تشتري به الطعام او

قال

قال فاشتر به الطعام او قال لتشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضاربة
بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له ان يشتري سوى ذلك
بالاجماع لما ذكرنا ان على ان للشرط الاصل في الشرط المذكور في الكلام
اعتباره والفاء التعليق ما قبلها بما بعدها وقوله تشتري به الطعام
تفسير التصرف المأذون فيه وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف فاذا دخلت
على ما لا يصلح ظرفا يصير بمعنى الشرط وكذلك يقتضي التقييد بالشرط
المذكور وانه شرط مفيد لان بعض انواع التجارة قد يكون اقرب الى المقصود
من البعض وكذا الناس يختلفون في ذلك فقد يهتدي الانسان الى بعض
التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتقيد به فلا يملك ان يشتري
غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها اذ لا يراد بكل ما يطعم بل البعض
دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم
لا يطلق الا على الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال
مضاربة بالنصف على ان تشتري به الدقيق فيتقيد بالحنطة والبر او غير ذلك ليس له ان يعمل
في غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان
يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا
ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه ولو قال
له على ان تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على قلال خاصة
ليس له ان يشتري ويبيع من غيره وقال الشافعي للمضارب فاسدة لان في
تعيين الشخص مضيق طريق الوصول الى المقصود من التصرف وهو
الربح وتغيير لمقتضى العقد ايضا لان مقتضى العقد التصرف مع من شاء
ولنا ان هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والامانة لان الشراء من
بعض الناس قد يكون له ربح لكونه سهل البيع وقد يكون اوثق على المال فكان
التقييد مفيدا كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين تغيير مقتضى
العقد قلنا هو تغيير مقتضى مطلق العقد لا مقتضى عقد مقيد وهذا
مفيد قال ابن سماعة سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة

فقال له ان اشتريت به الدقيق فلك الثلث وفي الثلثان قال هذا جايز ولدان يشتري
اي ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو
خير الخياط بين خياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل في المصر
فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرطا ان عمل
في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر
او اشترى في السفر وباع في المصر فقد روي عن محمد انه قال المضاربة في هذا
على الشرائط ان اشترى في المصر فعاريج في ذلك للتاجر فهو على ما شرط في المصر سواء
باعه في المصر او في غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء
فاذا اشترى في المصر تعين احد العملين فلا يتغير بالسفر وان عمل بعض المال
في السفر وبالبعض في المصر فربح كل واحد من المالين على ما شرط لا محالة ولو قال
على ان اشتري ممن اهل الكوفة وبيع فاشتري وباع من رجال بالكوفة
من غير اهلها فهو جايز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كانه قال على ان
تشتري ممن بالكوفة وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة في المصر على ان
يشتري من الصيارفة ويبيع كان له ان يشتري من غير الصيارفة ايضا
له من الصرف لان التقييد بالصيارفة لا يفيد الا تخصيص البلد في النوع ولو
دفع اليه مالا مضاربة ثم قال بعد ذلك اشتر به البز وبع فله ان يشتري
البز وغيره لان هذا وقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل فيه بالكوفة سواء
لان القيد هناك مقارن وها هنا متراخي وذكر القدوري ان هذا محمول
على انهما بعد الشراء والحكم في التقييد الطارئ على مطلق العقد انه ان كان ذلك
قبل الشراء بعمل وان كان بعدما اشترى به لا يعمل ولو دفع اليه مالا مضاربة
على ان يشتري ويبيع بالنقد جاز لان التقييد مفيد ولو قال له بع بنسيئة ولا
تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها
مفيدا فلا يثبت التقييد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع باكثر منها
جاز كذا هذا والله اعلم واما الذي يرجع الى عمل رب المال مما له ان يعمله ومما ليس له
ان يعمله فقد قال اصحابنا اذا دفع رب المال مالا المضاربة بمثل قيمته او اكثر جاز بيعه

واذا

باع ما قل من قيمته لم يجز الا ان يخيره المضارب سواء باع ما قل من قيمته
مما لا يتغابن الناس فيه او مما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع رب المال
من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال النقص عليه بل هو
استهلاك فلا يحتمل قل او كثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع احدهما
باذن رب المال لم يجز ان يبيعه الا بمثل القيمة او اكثر الا ان يخير المضارب
الاخر لان احد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل
باذن رب المال وهو لا يملك التصرف فيه اذا كان فيه غبن فلا يملك
الا مره به واذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل
اولا فضل فيه فاراد رب المال بيع ذلك فابى المضارب واراد امساكه
حتى يجد ربحا فان المضارب يجبر على بيعه الا ان يشاء ان يدفعه الى رب المال
لان منع المالك عن تقييد ارادته في ملكه بخطر يحتمل الثبوت والعدم وهو
الربح لا سبيل اليه ولكن يقال له ان اردت الامساك فزد عليه ما لدوان كان
فيه ربح يقال له ادفع اليه راس المال وحصته من الربح ويسلم للتاجر كل
ولو اخذ رجل مالا ليعمل لاجل ابنه مضاربة فان كان الابن صغيرا لا يعقل البيع
فالمضاربة للاب ولا شيء للابن من الربح لان الربح في باب المضاربة
يستحق بالمال او بالعمل وليس للابن واحد منهما وان كان الابن يعقل
العمل فالمضاربة للاب ولا شيء للابن من الربح لان الربح في باب المضاربة
والظاهر ان عمل الاب بامر الابن فهو متطوع وان عمل بغير اذنه صار بمنزلة
الغاصب لانه ليس له ان يعمل في مال غيره بغير امره المضاربة كالاجنبي وقد قالوا في
المضارب اذا اشترى جارية فليس لرب المال ان يطأها سواء كان فيه
ربح او لم يكن اما اذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان المشتري فيها ملكا
ولا يجوز وطي الجارية المشتركة وان لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق
شبهة الملك بدليل ان رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان
للمضارب ان يبيعها فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال
من المضارب ومن المضارب من رب المال في قول اصحابنا الثلاثة

وقال زفر لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة وجه قوله ان هذا شراء ماله
بماله وبيع ماله بماله اذ المال ان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كالموكل مع الوكيل
ولنا ان لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف فالتحق ملكه في حق
ملك التصرف بملك الاجنبي والمضارب فيه ملك التصرف لا ملك الرقبة فلا
يحق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف
فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي فجاز الشراء
بينهما ولو اشتري المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى يجب بينهما
فله ان يأخذ بالشفعة لان المشترى وان كان له في الحقيقة كالمنع في الحكم
كالمنع ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز مزاوته
من المضاربة دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سواء
كان في الدار والمبيعة ربح وقت البيع او لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فاما حصة
رب المال فلانه لم تجب الشفعة فلان للمضارب وكيله بالبيع والوكيل ببيع
الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة
رب المال فلانه هو وكيل ببيعها واما حصة المضارب فلانا لو اخذنا لواحد اقبلها
الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولان الربح تابع لرأس المال
فاذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب على التابع ولرب المال والمضارب
والمضارب شفيعها بدار اخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة
وفا بثمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو اخذ بالشفعة لوقف ملك رب المال واما
الشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفا فان لم يكن في الدار ربح
فلا شفعة لان اخذها لرب المال وان كان فيه ربح فللمضارب ان ياخذها
لنفسه بالشفعة لان له فيها نصيبا وذلك فيجاز ان ياخذها لنفسه ولو ان اجنبيا
اشترى دارا الى جنب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفا بالثمن فله ان
ياخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال
ان يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة
للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفا

فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لان اخذها لرب المال وان كان فيه ربح
فللمضارب ان ياخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيبا في ذلك فيجاز
ان ياخذها لنفسه ولو ان اجنبيا اشترى دارا الى جنب دار المضاربة
فان لم يكن في يد المضارب وفا بالثمن فله ان ياخذها بالشفعة للمضاربة
وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال ان ياخذها لنفسه لان الشفعة
وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز
تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفا فان كان في الدار
ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم احدهما فللآخر ان
ياخذها جميعا لنفسه بالشفعة لكرار بين شريكين وجبت الشفعة
لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب
للمضارب فيه قال ابو يوسف اذا استاجر الرجل اجيرا كل شهر بعشرة
دراهم ليشتري له ويبيع ثم دفع المستاجر الى الاجير دراهم مضاربة
فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للاجير سوى الاجر وقال
محمد المضاربة جايزة ولا شيء للاجير في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل
المضاربة وجه قول محمد ان الدفع اليه مضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة
ونقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا اجر له ولان المضاربة شركة ولهذا لا يشتهر
الى التوقيت ولو شاركه بعد ما استاجره جازت الشركة فكذلك المضاربة
ولابي يوسف انه استاجره فقد ملك عمله فاذا دفعه مضاربة فقد شرط
للمضارب ربحا يعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه
فلا يجوز ان يستوجب الربح والاجر ولا يجوز ان ينتقض الاجارة بالمضاربة
لان الاجارة اقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة و
الشيء لا ينتقض بما هو اضعف منه وما ذكره محمد ان المضاربة شركة فالجواب
ان الشريك لا يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل
فلا يجوز ان يستحق المضارب به الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه
امتنع من عمل الاجارة فسقط عنه الاجرة بحصته والمضارب يعمل لرب المال

فيقبض عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو الف عبدا قيمته
الفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين
اما رب المال فلان راس ماله ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو اراد ان يعين
راس ماله في العبد كان للمضارب ان ينعقد من ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من
الثمن واذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وان اجتمعا
ولو اخذ العبد من القاتل دية ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في الفعل
العود المانع مع وجود السبب يجب الدية في ماله ويكون الماخوذ على المضاربة
يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضاربة فيلزم على المضاربة كالثمن
وذكر محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد الف فقتل رجل
احد العبدين عمدا ولم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في
العبد المقتول على ما بينا وعلى ان القاتل فيه في ماله ويكون في المضاربة لما ملكنا
ثم في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة وفي كل موضع
وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة لان القصاص اذا استوفي فقد هلك
مال المضاربة وهلاك مال المضاربة يوجب بطلان المضاربة والقيمة وهو بدل
مال المضاربة فكانت على المضاربة كالثمن قال محمد رحمه الله واذا اشترى المضا رب
بعض مال المضاربة عبدا يساوي الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه
لان رب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا اما رب المال فلانه لو استوفى
القصاص لا يصير مستوفيا لراس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال
ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصر مستوفيا
راس ماله يستوفي راس المال من نصيبه المال واذا استوفى تبين ان العبد كان
لهما فتبين انه انفرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك واما المضارب فلانه
لا يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو ان حق
كل واحد منهما غير متعين واختلف اصحابنا في القتل العمد اذا ادعى على
عبد المضاربة انه هل يشترط حضور المولى لسماع البينة قال ابو حنيفة ومحمد
يشترط وقال ابو يوسف لا يشترط وجه قوله ان العبد في باب القصاص بقي

على

على اصل الحرية بدليل انه لو اقر به جاز اقراره وان كذبه المولى فلا يقف سماع البينة عليه
على حضور المولى كالحر ولهما ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد
فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة
على جناية الخطا وتد قالوا جميعا لو اقر العبد بقتل عمد فكذبه المولى والمضارب
لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما
يملكه فيملكه العبد كالطلاق وان كان الدم بين شريكين وقد اقر به العبد فعفا
احدهما فللاخر ان موجب الجناية انقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في
حق المال فصار كانه اقر بجناية الخطا وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال
قتل للمضارب ادفع نصيبك او افده وصار كاحد الشريكين اذا اقر في العبد بجناية
وكذبه الاخر واما وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله القصاص
لان عدم الوجوب بقتله لكونه مستحق الدم غير معين فاذا كان هو القاتل فما
يستحق للقصاص هو وليا القتيل وانه معين ويجوز المراجحة بين رب المال وبين
المضارب وهو ان يشتري رب المال من مضاربة فيبيعه مراجحة او يشتري المضارب
من رب المال فيبيعه مراجحة لكن يبيعه على اقل الثمنين لان الامر على وجهه
فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من
رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال لشبهة ملك مال نفسه
بمال المضارب والمضارب ببيع رب المال من رب المال اذ المال ماله والقياس يابى
ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فيحمل
ذلك بيعا في حقهما لا في حق غيرهما بل حمل في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المراجحة
بيع خير البايع من غير بينة واستحسن اذا بين فيحب صيانته عن الخيانة وعن تهمة
الخيانة ما امكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضا
رب باكثر من قيمته ورضي به المضارب لان الجود بمال الغير امر سهل فكان تهمة الخيانة
ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مراجحة الا على اقل الثمنين
وبيان ذلك في مسايل اذا دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى رب المال عبدا
بخمسماية فباعه من المضارب بالف فان للمضارب يبيعه مراجحة على اقل الثمنين

وذلك خمسمائة الا اثنين الا ثلثي وجهه فانه يبيعه كيف شاء لان الباقي هو المهم
وقد زالت ولو اشترى المضارب عبدا بالف المضاربة فباعه من رب المال بالف
ومائتين باعه رب المال مرابحة بالف ومائة ان كانت المضاربة بالنصف لان
الربح يقتسم بين رب المال والمضارب ولا شيوع في حصة المضارب لانه لا حق
فيه لرب المال فصار كان المال اشترى ذلك من اجنبي وملكت الشيوع في حصة
رب المال لانه ماله بعينه فكان اشتراه من نفسه فتسقط حصته من الربح
الا انه اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة
بالف درهم تساوي الفا وخمسمائة فباعها من المضارب بالف وخمسمائة
فان المضارب يبيعها مرابحة بالف ومائتين وخمسين الا اثنين الامر على
وجهه لما ذكرنا وقال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف في مسئلة المضاربة
وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال لعبد بالف فباعه من المضارب بمائة ورأس
المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذلك لو اشتراه المضارب
بالف فباعه من رب المال بمائة فباعه رب المال بمائة يبيعه مرابحة على اقل الثمنين
لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فيثبت ما لا تهمة فيه ويسقط ما فيه
تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بالف ومائة فانه
يبيعه مرابحة على خمس مائة وخمسين لان المائة الزائدة على الف ربح نصفها
للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من
الربح الى القدر الذي اشتراه رب المال ويسقط خمسمائة لانها نصيب رب المال
ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين
ولو اشتراه المضارب بستمائة فباعه مرابحة بخمسمائة لانه لا فضل في ثمنه
على راس المال فيسقط كل الربح ويباع على اقل الثمنين والاصل ان المضارب
لا يحتسب شيئا من حصة نفسه فحقيقته ما نقد اكثر من الف فيحتسب من
حصته نصف ما زاد على الف لا يحتسب شيئا من حصة نفسه لانه اذا لم يزد
على الف بان اشترى بمثل راس المال او باقل منه وله في المال ربح لم يتبين له
في الشراء حق لكونه مشتركا براس المال فلا يظهر له الربح كما انه اشتراه ولا ربح

في يده

في يده وعلى هذا القياس يجري في المسايل فمتى كان ثمن المضارب باقل الثمنين
فان كان المضارب حصة ضمها الى اقل الثمنين واذا اشترى رب المال من
المضارب يبيعه على اقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان المضارب رب
اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه
بالف وخمسمائة راس المال وخمسمائة حصته من المضارب من الالفين
لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسمائة ورب المال فيهما كالا
فيبيعه مرابحة على الف ولو كان المضارب اشتراه بالف وباعه
رب المال بالفين باعه رب المال بالف وخمسمائة لان الالف راس المال وخمسمائة
نصيب المضارب في رب المال فيهما كالاجنبي وخمسمائة نصيب رب المال
فيجب اسقاطها قال ابن سماعة وروى عن ابي يوسف انه قال وهو قوله
الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشرة آلاف فباعه من المضارب
بمائة يأخذ المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة
آلاف فباعه رب المال بمائة فباعه رب المال مرابحة على مائة لان البيع
على اقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه باقل الثمنين فلا يجوز
ان يزيد على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط
على قول ابي يوسف فالجواب له ان ما لا يجوز حطه عند ابي يوسف
ومحمد حق رب المال فاذا ابرأ المضارب رب المال وحط فقد رضي رب المال
بترك حقه فجاز واما على قول ابي يوسف الاول الذي اشار اليه ابن سماعة
فهو ان الحط لا يجوز لانه ربح لانه كان راس المال الف فربح فيها الفا ثم
اشترى بالفين تجارة ثم باعها من رب المال بالف وخمسمائة فان
رب المال يبيعها مرابحة على الف وخمسمائة وخمسين لان المضارب
حط من الثمن خمسمائة فضعفها من نصيبه ونصفها من مال المضارب
وهو لا يملك في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول
ابي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك وقع مرابحة
على الف وسبعمائة وخمسين فينبغي على هذا القول اذا باع مرابحة

ان يقول قامت علي بكذا ولا يقول اشتريتها بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن
حكما والشرا ينصرف الى ما وقع العقد به والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا انعدم
جواز الخط في مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشتري هو فقد رضي بذلك فكان
اذن للمضارب ان يبيعه منقصا الاجنبي وذكر محمد رحمه الله في كتاب المضا ربة
لو اشتري رب المال عبدا بالف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال وبيع
على راس المال وربح المضارب لما بينا ولو كان رب المال اشتري العبد بخمسمائة
والعبد يساوي الفين فباعه من المضارب بالفين فان للمضارب ببيعه
مرابحة على الفلان راس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة
وما سوي ذلك ربح رب المال فلا يثبت حكمه على ما بينا فيما تقدم الا اذا
تبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع جميع الثمن
المتهمة فاذا بين فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بالف
وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين الف مضاربة والف ربح فان للمضا رب
ببيعه مرابحة على الفلانة لما اشتري ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له
في المال حصة وصار كل مال رب المال فباعه على راس ماله ولو كان رب
المال اشتراه بخمسمائة والسلعة على حالها فان المضارب يبيعه مرابحة
على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار شراء مال رب المال لبعضه
ببعض فيبيعه على راس المال الاول ولو كان رب المال اشتراه بالفين وقيمته
الف فباعه من المضاربة بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على
اكثر من ذلك لان قيمة الف فليس فيه ربح يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه
بالفين ما يساوي الفا وهما متهمان في حق الف في العقد فصار كانه لم
الفا الا على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه على اكثر من ذلك ولو كان العبد
يساوي الفا وخمسمائة والسلعة كما هو قد اشتراه بالف واراد المضارب
ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على الف ومائتين وخمسين لان في العبد ربحا
للمضارب ونصيبه من الربح وذكر محمد رحمه الله في الاصل اذا اشتري المضارب
عبدا بالف درهم مضاربة فباعه من رب المال بالفين ثم ان رب المال باعه من

اجنبي

اجنبي بسا ومة بثلاثة الاف ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالفي درهم فان اراد
ان يبيعه مرابحة لم يجز له ذلك في قول ابي حنيفة الا ان يبين الامر على وجهه
وفي قول ابي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الفين وهذه فريعة مسئلة
مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشتري شيا فربح فيه ثم ملكه بشرا اخر فاراد ان
يبيعه مرابحة فان عند ابي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود
وفي مسئلتنا قد ربح فيه رب المال الفي درهم لان المضارب لما اشتراه من رب
وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما
باعه رب المال بثلاثة الاف فقد ربح فيه الفا وخمسمائة لانه قام عليه بالف
وخمسمائة مقدار راس المال ويصيب المضارب من الربح اذا ضممت الى ذلك
فقد ربح الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من راس
المال فلا يبقى شئ فلهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين واما على قولهما
فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد الاول لا يحط من الثاني فيبيعه
مرابحة على جميع الالفين حتى لو اشتري المضارب عبدا بالف فباعه من رب المال
بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من اجنبي بالف وستمائة ثم ان المضارب اشتراه
من الاجنبي بالفي درهم فاراد ان يبيعه مرابحة باعه على الف وربعمائة في قول ابي
حنيفة لان رب المال قد ربح فيه ستمائة الا ترى ان المضارب لما اشتراه بالف
باعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون
فكان رب المال اشترا بالف ومائتين وخمسين راس المال وحصة المضارب
فلما باعه بالف وستمائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح مائتين و
خمسين بربح المضارب فوجب ان يحط ذلك للمضارب من الثمن فيبقى الف
وربعمائة ولو اشتري المضارب عبدا بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه
من اجنبي بالف وخمس مائة ثم ان للمضارب اشتراه من الاجنبي مرابحة بالفين
ثم ان رب المال حط عن الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب اربع مائة
لان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك
المقدار لم يكن فيطرح من راس المال ويطرح حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح

مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب
اربع مائة وان اراد المضارب ان يبيع هذا العبد مراجحة باعه على الف
وماتين لان رب المال ربح الجائة الاثري انه لو باعه من الاجنبي فربح
خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من راس المال ومائة من الربح
فلما سقط من الربح مائة بقي الربح الجائة فلما اشتراه المضارب بالفين
ثم حط عنه الجائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه
رب المال وهو اربع مائة فيبيعه على ما بقي ويجوز المراجحة بين المضاربين
كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل
الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الي آخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى احد المضاربين عبدا بخمسمائة من المضاربة فباعه من
المضارب الاخر بالف فاراد الثاني ان يبيعه مراجحة باعه على خمسمائة
وهو اصل للثلثين الثمنين لان مال المضاربين لرجل واحد فصار بيع احدهما
من الاخر في حق الاجانب كبيع الانسان ماله بماله فيبيعه مراجحة على اقل
الثمنين ولو باعه الاول من الثاني بالفين الف من المضاربة والف من مال
نفسه فان الثاني يبيعه على الف ومائتين وخمسين لان الثاني اشترى
نصفه لنفسه بالف وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بالف وخمسين
فيبيعه الثاني مراجحة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصار
كالاجنبيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضاربة فقد كان الاول
اشتراه بالفين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على اقل الثمنين ولو كان الاول
اشتراه بالف المضاربة فباعه من الثاني بالفين فالمضاربة الف راس المال والف
ربح فان الثاني يبيعه مراجحة بالف وخمسمائة لانه يبيعه على اقل الثمنين وعلى
حصة من الربح واقل الثمنين الف وحصته من الربح خمسمائة وان كان الاول
اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثاني على الف لان اقل الثمنين خمسمائة
وحصة المضارب خمسمائة فيبيعه مراجحة على اقل الثمنين وحصته من الربح والربح
في المضاربة بينهما على الشرط والوضيعة على رب المال والقول في دعوى الهلاك

قوله

٥٥٦

قول المضارب لان المال امانة في يده والله اعلم واما الذي يستحقه المضارب
بالعمل فالذي يستحق بالعمل في مال المضاربة شيآن احدهما النفقة والكلام في
النفقة في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان شرط الوجوب في ما فيه النفقة
وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما يحسب النفقة منه اما الوجوب فلان الربح
في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعامل لا يسافر بمال غيره لفائدة يحتمل
الوجود والعدم مع تحمل النفقة من مال نفسه فلو لم تحمل نفقته في مال
المضاربة لامتنع الناس عن قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان
اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذنا من رب المال للمضارب بالانفاق من
مال المضاربة فكان ماذونا بالانفاق دلالة فصار كما لو اذن له بنصا والله يسافر
لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا يتبدل واجب لا محالة فيكون نفقته في المال
بخلاف البضع لانه يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل
ببدل لازم في ذمة المستاجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روي بن سماعة
عن محمد في الشرط اذا سافر بالمال ان ينفق من المال كالمضارب واما شرط وجوبها
فخروج المضارب بالمال من المصر فان كان في المصر فان نفقته في مال نفسه
لا في المضاربة وان انفق منه شيآ ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر
وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق
النفقة فلم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر او اقل
من ذلك حتى لو خرج من المصر يوما او يومين فله ان ينفق من المضاربة
كذا ذكر محمد عن نفسه وعن ابي يوسف في كتاب المضاربة لو خرج من المصر لاجل
المال فاذا انتهى الى المصر الذي قصده فان كان ذلك مصر نفسه او كان له في ذلك
المصر اهل سقطت نفقته حين دخله لانه يصير مقيما بدخوله فيه لا لاجل المال
وان لم يكن ذلك مصره ولا له اهل فيه لكنه اقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته
ما اقام فيه وان نوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعدا لم يتخذ ذلك المصر الذي
هو فيه دار اقامة لانه اذا لم يتخذه دار اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذه
وطنا كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلي فالحاصل انه لا تبطل نفقة

لبعد المسافة بالمال الا باقامته في مصره او في مصر يتخذه دارا اقامته لما قلنا
ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء ينية العود الى المصر الذي اخذ
المال فيه مضاربة فان نفقته في مال المضاربة حتى يدخله فاذا دخله فان اقام
ذلك مصره او كان له فيه اهل سقطت نفقته والا فلا ولو اخذ المضارب مالا
بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتي البصرة لان
خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لان البصرة وطن اصلي له
فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له ان ينفق
من المال الى ان يأتي الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله ان ينفق
ايضا ما دام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن
اقامة وان بطل بالسفر فاذا عاد اليها وليست له وطن كانت اقامته فيها
لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته
في مال المضاربة حرا كان او عبدا او اجيرا يخدمه او يخدم وابته لان نفقتهم
كنفقة نفسه لا يتمهيد له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال
ليشتهم ليعاونوه فان نفقتهم في مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة
لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال نفسه ورب المال لو اعان المضارب
بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة كذا عبده فاما عبد المضارب
فهو كالمضارب هو المضارب اذا عمل في المال انفق منه كذا عبده واما بيان ما هو
النفقة فالنفقة في مال المضاربة وله ان ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق
من مال المضاربة على نفسه ويكون دينا في المضاربة حتى كان له ان يرجع فيها
لان الانفاق من المال وتدبيره اليه فكان له ان ينفق من ماله ويرجع
به الى مال المضاربة كالوصي اذا انفق على الصغير من مال نفسه كان
له ان يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هنا له ان يرجع بما انفق على
مال المضاربة لكن بشرط طلب المال حتى لو هلك المال لم يخرج على رب المال بشيء
كذا ذكر محمد في المضاربة لان نفقة المضارب في مال المضاربة فاذا هلك هلك
كما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكوة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية

يسقط

يسقط بموت العبد الجاني واما تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة
والطعام والادام والشراب واجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التي
يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ورهن السراج
والحطب وعن ذلك ولا خلاف بين اصحابنا في هذه الجملة لان المضارب له
منها فكان عيالا شيا من رب المال دلالة واما ثمن الدواء والحجامة والفصد
والشوذر والادهان وما يرجع الى المداوي وصلاح البدن ففي ماله خاصة
لا في مال المضاربة وذكر الكرخي في مختصره في الدهن خلاف محمد الذي
مال المضاربة عنده وذكر في الجامع والاطلاق لقوله والخصاب قول الحسن
بن زياد انه قال على قياس قول ابي حنيفة يكون في مال المضاربة والصحيح
انه لا يكون في ماله لان وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الاذن
الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة ولهذا اذا قضى القاضي بالنفقة
لا يقضي بالادام والكسوة ولا يقضي بهذه الاشياء واما الفاكهة فما
لم يعتد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشر في نوادره سألت
ابا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد واما بيان
قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز
ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر الفعل المعتاد وسواء
سافر برأس المال او بمتاع من المضاربة لان سفره في الحالين لاجل المال
وكذا لو سافر فلم ينفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته
ما دام مسافرا في مال المضاربة لانه عمل التجار في هذا وهو ان ينفق الشراء
في وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضاربة وحده
او بماله ومال المضاربة او بمال المضاربة لرجل او لرجلين فله النفقة غير انه
ان سافر بماله ومال المضاربة او بمال لرجلين كانت النفقة في المالين بالحصص
لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما فان كان احد المالين مضاربة
لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضاربة لان سفره لاجله
لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا ان يتبرع لعمل البضاعة فينفق من

مال نفسه لانه ترك العمل في المضاربة وليس على رب البضاعة شيء الا ان يكون
اذن له في النفقة فيهما لانه تبرع باخذ البضاعة فاذا سمحت النفقة كالمودع
ولو خلط مال المضاربة بماله وقد اذن له في ذلك النفقة بالحصص لان سفره
لاجل المالين واما ما يحتسب النفقة فيه فالنفقة يحتسب من الربح اولا ان كان
في المال ربح وان لم يكن فهو من راس المال لان النفقة جزء هالك من المال
والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح ولانا لو جعلناها من راس المال خاصة
او في نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب
المال واذا رجع المضارب الى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام
رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر
لم يبق الاذن فيجب رد ما بقي الى المضاربة وروى العلي عن ابي يوسف
اذا كان مع الرجل الف درهم مضاربة فاشترى عبدا بالفين فانفق عليه
فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شيء من راس المال فالنفقة
تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا انفق
على عبد غيره الا ان يكون القاضي امره بذلك فان دفعه الى القاضي
فامره القاضي بالنفقة عليه فانفق فهو عليهما على قدر رؤس اموالهما
قال ابو يوسف وهذه قسمة من القاضي بين المضاربة وبين رب المال
اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة ربحا بامر القاضي لان له ولاية
على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة
عليه وانما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعريف
لان القاضي لما الزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نفسه ولا يحتمل
تعيين نصيب للمضارب الا بعد تعيين راس المال وهذا معنى القسمة ولو دفع
الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها جارية فتمتها الف فالنفقة
على المضارب وعلى رب المال في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد
النفقة على رب المال كذا حكى القدوري الاختلاف وجه قول محمد ان المضارب
لم يتعين له ملك لان راس المال غير معين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت

النفقة

النفقة عليه ويحتسب بها في راس ماله هي رواية عنه وفي رواية اخرى
عنه يقال لرب المال النفقة ان شئت وانهما ان نصيب المضارب من العبد
على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ فيه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق
على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين
الربح وراس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا
الخلاف العبد الآبق من المضاربة اذا جاله رجل وقيمته الف
وليس في يديه من المضاربة غير العبد ان الجعل عليهما في قول ابي
حنيفة وابي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب
المال يحتسب من راس ماله اي هو زيادة في راس المال واذا بيع يستوفي
رب المال راس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على مال الشركة
قال بشر عن ابي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المرابحة ويحتسب به
فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والا فهو ضائع
من راس المال وانما لم يلحق الجعل براس المال في باب المرابحة لان الذي يلحق براس
المال في المرابحة ما جرت عادة التجار بالحاقه وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه
عارض غير معتاد فلا يلحقه بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين
المضارب ورب المال لانه غرم لزم لاجل المال ويجوز ان يحتسب بالشيء فيما بين
المضارب ورب المال ولا يلحق براس المال في المرابحة لتفقة المضارب على نفسه
والله اعلم والثاني مما يستحق المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح
المسمى ان كان في المضاربة ربح وان لم يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة
قبض راس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض الراس المال حتى لو دفع الى رجل
الف درهم مضاربة بالنصف فربح الفا فاقتسما الربح وراس المال في يد المضارب
لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان
القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من راس ماله وما
قبض المضارب دين عليه يرده على رب المال حتى يستوفي رب المال راس ماله
ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال راس المال والاصل في اعتبار هذا

الشرط مارُوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر
لا يسلم له ربحه حتى يسلم راس ماله كذلك المؤمن لا يسلم اليه نوافله حتى
يسلم اليه فرائضه فدل الحديث على ان قسمة الربح على قبض راس المال لا
تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشيء لا تكون الا بعد سلامة الاصل
ولان المال اذا بقي في يد المضارب يحكم المضاربة بحالها فلو صححنا قسمة
الربح لثبت الفسخ قبل الاصل وهذا لا يجوز فاذا لم تصح القسمة فاذا هلك
كل المال في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو راس المال فوجب على المضارب
ان يرد منه تمام راس المال فاذا قبض رب المال الف ودرهم راس ماله
اولا ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التي قبضها بقيتهما الى يد المضارب
على ان يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلكت في يده
لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى راس المال فقد
انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال اليه فانما رد عند آخر فلذلك
عند آخر فذلك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة
الاولى الفين واقتسما الربح فلرب المال الفا والمضارب الفا ثم هلك
ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من راس
ماله ويرد المضارب نصف الالف الذي قبض لانه لما هلك في يد المضارب
من راس المال قبل صحة القسمة هلك مما قبضه رب المال راس ماله واذا
هلك ذلك راس المال لقي الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما
على الشرط فيجب عليه ان يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب
من الربح يجب عليه ان يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من
الربح لنفسه فصار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ما قبضه رب المال من
لم يتبين بهلاكه شيء لان ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان الفاضل
فتتاوه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب
قد كنت رددت اليك راس المال قبل القسمة وقال رب المال لم اقبض
راس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه

لنفسه

٥٥٩ و

لنفسه تمام راس المال حتى تجب على رب المال بما قبض من راس ماله و
يتم لرب راس المال بما يرده المضارب فان بقي بعد ذلك شيء فهو بينهما نصفان
كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعي البقاء راس المال
ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان امينا لكن القول قول الامين
في استقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم الى غيره ولان المضارب
يدعي خلوص ما بقي من المال للربح ورب المال يجحد ذلك فالقبل
قول المضارب في الاستحقاق فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب
لانه يثبت بقاء راس المال ولا يقال ان الظاهر شاهد للمضارب
فيما ادعاه من بقاء راس المال او الربح لا يكون الا بعد البقاء وهو شرط
قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء راس
المال في يد المضارب فلم تكن الظاهر شاهدا للمضارب وذكر ابو سماعة
في نوادره عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة صحيحة
ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والمئتين لنفقته والمضارب يعمل بقية
المال ويربح فيما يبيع ويشتري ثم احتسبا فانما يحتسبان براس المال الف
ودرهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما اخذ رب المال
من النفقة نقصانا من راس المال وكذلك هما يحتسبا راس المال الفاضل من
جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من
راس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال راس ماله يوجب بطلان
المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل راس المال فيما بقي ليلا يبطل
هذا كله اذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب
لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط له وهو الربح ولم يوجد واما
الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى ان كان في المال ربح وان لم يكن فلا شيء
له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة واما المضاربة الفاسدة
فليس للمضارب ان يعمل شيئا مما ذكرنا ان له ان يعمله في المضاربة الصحيحة
ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا من احكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق

وقيل انه قول زفر ووجهه ان الاذن مستفاد من جهة رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي الهزم والخصوص وفي دعوى التقييد والاطلاق والبينة بينة مدعي التقييد لانها اثبتت زيادة قيد وبينة الاطلاق ساكتة ولو افتقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعته اليك المال مضاربة في البز وقال المضارب في الحمام فالقول قول رب المال في قولهم جميعا لانه لا يمكن الترجيح هاهنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فيرجع الى الاذن والاذن يستفاد من رب المال فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لان بينة مثبتة وبينة رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات والمضارب يحتاج الى الاثبات فتدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة اولى وقد قالوا في البينتين اذا تعارضتا في صفة الامر وقد وقتنا ان الوقت الاخير اولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع اليه اولى وان اختلفا في قدر راس المال والربح فقال رب المال كان راس المال الف وشرطت الثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لك نصف الربح فان كان في يد المضارب الف درهم ليقر اعتمادا على المضاربة فالقول قول المضارب في ان راس المال الف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول ابي حنيفة الاخير وهو قول ابي يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في العددين جميعا وهو قول زفر وجه قوله الاول ان الربح مستفاد من اصل المال وقد اتفقا ان جملة المال مضاربة والتي المضارب استحقاقا فيهما ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الالفين حلطتها ببضاعة في يدي لانهما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله وجه القول الاخير في ان القول في مقدار راس المال قول المضارب انهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض الا ترى انه لو انكر القبض اصلا وقال لم اقبض منك شيئا كان القول قوله فكذا اذا انكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لان شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في المقدار المشروط قوله الا ترى انه لو انكر الشرط راسا فقال لم اشترط لك ربحا وانما دفعت اليك بضاعة كان القول قوله

التفقه ولا الربح المسمى وانما له اجر مثل عمله سواء كان في المضاربة ربح او لم يكن ولان المضاربة الفاسدة انما يستحق اجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح بماله وانما يستحق المضارب بشرط منه بالشرط ولم يصح بالشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع في المضاربة الفاسدة مع يمينه كما ذكرنا في ظاهر الرواية وجعل المال في يده امانة كما في المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه في قول ابي يوسف وعندهما يضمن كما في الاجير المشترك اذا هلك المال في يده

فصل واما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما اعني رب المال والمضارب فسخه لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه بما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط ايضا ان يكون راس المال عينا وقت الفسخ دراهم او دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف وراس المال عروض وقت النهي لم يصح نهيه وله ان يبيعها لانه يحتاج الى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر له الربح فكان النهي والفسخ ابطالا لحقه في التصرف ولا يملك ذلك وان كان راس المال دراهم او دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ لكن له ان يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لان ذلك لا يعد بيعا لاتحاد هما في الثمنية

فصل واما حكم اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا في الهزم والخصوص فالقول قول من يدعي الهزم لان ادعى احدهما المضاربة في جميع التجارات او في عموم الامكنة او مع عموم الاشخاص لان قول من يدعي الهزم يوافق المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في الهزم او فر كذا لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الاطلاق حتى لو قال رب المال انما دفعت اليك ان تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بينهما فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق اقرب الى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد والقول قول رب المال في الفصلين جميعا

وقيل

فكذا اذا اقر بالقبض دون البضع واذا كان القول قول المضارب في قدر راس المال في قوله
الاخير والقول قول رب المال في قدر الربح في قولهم فجعل راس المال ولا يقبل قول المضارب
في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول ياخذ رب المال الالفين جميعا وان كان في يده
ثلاثة الاف درهم والمسئلة بحالها اخذ رب المال الفي درهم على قوله الاخير واقتسما
ما بقي المال اثلاثا وعلى قوله الاول ياخذ رب المال الفي درهم وياخذ ثلثا الالف الاخر
لما بينا وان كان في يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض من راس المال او اقل ولم يكن في يده
اكثر مما اقر فالقول قول المضارب عندهم جميعا لانه لا سبيل الى قبول رب المال
في ايجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة الاف فقال الف راس المال
والف ربح والف وديعة لاخر او مضاربة لاخر او بضاعة لاخر او شركة لاخر
او على الفدين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب
في الاقاويل كلها لان من في يده شيء فالظاهر ان له ان يتصرف به لغيره ولم
يتعرف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله بينهما وكل من جعلنا القول قوله
في هذا الباب فهو مع يمينه ومن اقام منهما بينة على ادعى من فضل فالبينة
بينته لان بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فبينة رب المال تثبت زيادة في
راس المال وبينة المضارب تثبت زيادة ربح وقال محمد اذا قال رب المال شرطت لك
ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب
لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد
فلا يقبل قوله وان قامت لهما البينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط
ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول
قول رب المال لانه اقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله
في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعي صحة العقد ورب
المال يدعي فساده فينبغي ان يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى
رب المال وان تعلق بها فساد العقد يملك منكر لزيادة يدعيها المضارب
فتعتبر انكاره لانه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال
المضارب شرطت لي مائة درهم او لم تشترط لي شيأ ولي اجر المثل فالقول قول

رب المال لان المضاربة يدعي اجرا واجبا في رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون
القول قوله فان اقام رب المال البينة على شرط النصف واقام المضارب البينة
على انه لم يشترط له شيأ فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط وبينة المضا
ع
اوجبت حكما زايدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت اولى ولكر الكرخي
انهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة الا في هذا الفصل خاصة
وهو انه اذا اقام رب الارض والبذر البينة على انه شرط للعامل نصف الخارج
وقال العامل شرطت لي مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة
بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل ان
من لا بد له من جهته اذا امتنع عن العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعي الصحة
والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم
يتم الترجيح بالصحيح فرجحنا بايجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال
دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف او بمائة درهم
فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان
القول قوله ان لم يشترط ولو قال المضارب اقرضني المال والربح لي وقال
رب المال دفعت اليك مضاربة او بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه التمليك وهو ينكر فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها
تثبت التمليك ولانه لا تنافي بين البينتين لجواز ان يكون اعطاه بضاعة
او مضاربة ثم اقرضه ولو قال المضارب دفعت الي مضاربة وقال رب المال
اقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال
ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان اقامت
لهما البينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت الضمان ولو جحد المضارب
المضاربة اصلا ورب المال يدعي دفع المال اليه مضاربة فالقول قول المضارب
لان رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم
اقر به فقد قال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل دفع الى
رجل مالا مضاربة ثم طلب منه فقال لم يدفع الي شيأ ثم قال لي استغفر الله

قد دفعت الي العبد رهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه امين والامين اذا جحد الامانة
صار كالمودع وهذا لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جايز يحتمل
الفسخ فكان جحوده فسخا له ورفعا له واذا ارتفع العقد صار المال مضمونا
عليه كما لو جحد فان اشترى بها مع الجحود وكان مشتريا لنفسه لانه ضامن
للمال فلا يتهيأ حكم المضاربة لان من حكم المضاربة ان يكون المال امانة في يد
المضارب فاذا صار مضمونا لم يبق امينا فان اقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان
لان العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى به بعد الا قرار
فالقياس ان يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه
بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان
لان الامر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قايم مع الجحود لان للمضارب ولاية في
الامر بدليل ان من غصب من آخر شيئا فامر المغصوب منه الغاصب ببيع
المغصوب او بالشراء صح الامر وان كان المغصوب مضمونا على الغاصب
وان نفي الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للامر ولم يرتفع
الشراء الا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب اذا باع المغصوب فامر المالك
وسلم انه يبرأ عن الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ
عليه من الضمان بفعله فنقول العين المضمونة يجوز ان يبرأ الضامن منها
بفعله كالمغصوب منه اذا امر الغاصب ان يجعل المغصوب في موضع كذا او بعمله
اخر فانه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع الى رجل الف درهم امره
ان يشتري بها عبدا فجحده الالف ثم اقر بها ثم اشترى جاز الشراء ولو
يكون للامر ويبرأ المأمور من الضمان وان اشترى بها عبدا ثم اقر
لم يبرأ عن الضمان وكذا الشراء لما ذكرنا في المضارب ولو كان دفع
اليه الف وامره ان يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها
العبد ثم اقر بالالف فان العبد للامر لان الوكيل بشراء عبد بعينه
لا يملك ان يشتريه لنفسه فيتعين ان يكون الشراء للامر فصار
كانه اقر ثم اشترى بخلاف ابي يوسف في المأمور ببيع العبد اذا جحد اياه

قرار

واد[illegible]

٥٦٢

واد[illegible]ه لنفسه ثم اقر له به فباعه ان البيع جايز وهو جاز عندهما لما ذكرنا
ان الامر بعد الجحود قايم فاذا جحد ثم اقر بوهبه فهو جايز وكذلك اذا امر
بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم اقر له به فقد تصرف بامر المالك
فيبرأ من الضمان ولو باع العبد او وهبه او اعتقه ثم اقر بعد البيع
قال ابن سماعة ينبغي في قياس ما اذا دفع اليه الف وامره ان يشتري
بها عبدا بعينه انه يجوز وليزم الامر انه لا يملك ان يبيع العبد لنفسه
وقال هشام سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة
فجاء بالف وخمسمائة فقال هذه الالف راس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت
ثم قال علي دين لفلان كذا كذا قال محمد قبل قول المضارب وقال الحسن بن زياد اذا
اقر المضارب انه عمل بالمال واذهب بعضه عشرة الاف فيها دينار الف والف
فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه ويدفع الدينار منه سمي
صاحبه او لم يسمه وان سكت سكتة ثم اقر بذلك وسمى صاحبه
او لم يسمه لم يصدق قال هذا قياس قول ابي حنيفة وهذا الذي ذكره
الحسن يخالف ما ذكره محمد ووجهه انه اذا قال في يدي عشرة الاف وسكت
فقد اقر بالربح فاذا قال علي دين الف فقد رجع عما اقر به لان الربح لا يكون
الا بعد قضاء الدين والاقرار الصحيح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما اذا قال
ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر بعد فكان بمنزلة الاستثناء وجه قول محمد
انه اقر بالدين في حال لا يملك الاقرار به فيبقى اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلي
دين وقوله ان قوله علي دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما اقر به من
الربح ممنوع فانه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين الا ترى ان الرجل يقول قد
ربحت ولزمني دين وهو يملك الاقرار بالدين فاذا اقر به صح ولو جاء المضارب
بالفين فقال الف راس المال والف ربح ثم قال لم اربح الا خمسمائة ثم هلك
المال كله في يد المضارب فان المضارب يضمن للخمسمائة التي جحدها
ولا ضمان عليه فيما بقي في المال لان الربح امانة في يده فاذا جحده فقد صار غاصبا
بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضارب كان المال قد وقعت الدراهم

مال والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك ولكن هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لانه صار جاحدا يدعوي الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت لي النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوي ذلك لما قد بينا ان القول في شرط الربح قول رب المال واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى امانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله اعلم

واما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ و النهي ان يسعد بالدراهم والدنانير حتى ينص لما ذكرنا فيما تقدم وان كان دينا صح لكن لدصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا ان ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية ويبطل بموت احدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الوكيل والموكل وسواء علم المضارب بموت رب المال او لم يعلم لانه عزل حكمي فلا يقف على العلم كما في باب الوكالة الا ان راس المال اذا صار متاعا فللوكيل ان يبيع حتى يصير ناضا لما بينا ويبطل بجنون احدهما اذا كان مطبقا لانه تبطل اهلية التصرف الامر للامر واهلية التصرف للمامور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد مر في كتاب الوكالة ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة اه وجه الاسلام بعد ذلك كله التحقت ردته بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا ان لحق دار الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الردة التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته فصيرورة امواله

ميراثا لورثته وان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضي القاضي بلحاقه فبطلت المضاربة من يوم ارتد على اصل ابي حنيفة ان ملك المرتد موقوف ان مات او قتل او لحق فحكم به للحوق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته ويصير كانه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب وامره لبطلان اهلية الامر فان كان راس المال يوم ارتد قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشتري بعد ذلك فالمشتري وربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال والعزل عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير امرهم وان كان صار راس المال متاعا ببيع المضارب بيعه وشراؤه جائز حتى ينض راس المال لما ذكرنا ان المضارب في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال كذلك ردته فان حصل في يد رب المال وفائض وراس المال وفائض فالقياس ان لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس راس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كانه عين المال قائم في يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس راس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل راس المال له ان يبيع ما في يده كالعروض واما على اصل ابي يوسف ومحمد فالردة لا تقدح في تلك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال او قتل كان موته كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق وحكم بلحاقه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فيبطل امره في المال فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لان وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم يوجد منه الردة فثبت المضاربة الا انه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب المال في قياس قول ابي حنيفة لان العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيا او عبدا محجورا فاما على قولهما فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم

والموت المضارب او قتل على الردة ابطلت المضاربة لان موته في الردة كموته
قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه لان ردته مع اللحاق
والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فان لحق المضارب بدار الحرب بعد
ردته فباع واشترى هناك ثم رجع مسلما بجميع ما اشترى وباع في
دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لانه لما لحق بدار الحرب
صار كالحربي اذا استولى على مال المسلم ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا المرتد
واما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعا سواء كان المال
لها او كانت مضاربة لان ردتها لا اثر في ملكها الا ان تموت فتبطل
المضاربة كما لو ماتت قبل الردة او تلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقها لما
ذكرنا ان ذلك بمنزلة الموت والله اعلم وتبطل بعمال مال المضاربة
في يد المضارب قبل ان يشتري به شيئا في قول اصحابنا لان تقييد العقد المضا
ربة
بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كما لو دليعه وكذا لو استهلكه المضارب
او انفقه او دفعه الى غيره واستهلكه لما قلنا حتى لا يملك ان يشتري
به شيئا للمضاربة فان اخذ مثله من الذي استهلكه كان له ان يشتري
به على المضاربة كذا روي الحسن عن ابي حنيفة لانه اخذ عوض راس المال
فكان اخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروي بن
رستم عن محمد انه لو اقرض المضارب رجلا فان رجع اليد الدراهم
بينهما رجعت على المضاربة لا بد وان تقدي تضمن لكنه زال التقدي
فيزول الضمان للتعلق به وان اخذ مثلها لم يرجع في المضاربة
لان الضمان بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان
وهذا لا يخالف ما رواه الحسن عن ابي حنيفة في الاستهلاك والله اعلم
هذا اذا هلك مال المضاربة قبل ان يشتري المضارب به شيئا فاذ هلك
بعد الشراء به بان كان مال المضاربة الفا فاشترى بها جارية ولم ينقد
الثمن البائع حتى هلك الالف فقد قال اصحابنا ان الجارية على المضاربة
ويرجع على رب المال بالالف فيسلمها الى البائع وكذلك ان هلكت الثانية

التي

التي قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذا سبيل الثالثة والرابعة وما
بعد ذلك ابدا حتى يسلم الى البائع ويكون ما وقعد او لرب المال وما
عز ملكه من راس المال وانما كان كذلك لان المضارب متصرف لرب المال
تيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير ان الفرق بين
الوكيل والمضارب ان الوكيل اذا هلك الثمن في يده يرجع بمثله على الموكل
ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق
ان الوكالة قد استوفت بشراء الوكيل لان المقصود من الوكالة بالشراء
استفادة ملك المبيع لا الربح فاذا اشتري فقد حصل المقصود فانتهى
عقد الوكالة بنهايته ووجب على الوكيل الثمن للبائع فاذا هلك من يده
قبل ان ينفذه البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه
فاذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر فاما المضاربة
فانها لا تنتهي بالشراء لان المقصود منها الربح والله لا يحصل الا بالبيع
والشراء مرة بعد اخرى فاذا بقي العقد فكان له ان يرجع ثانيا وثالثا
وما عزم رب المال مع الاول يصير كله راس المال لانه عزم لرب المال
بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولان المقصود من هذا
العقد هو الربح فلو لم يقبر ما عزم رب المال من راس المال ويهلك
مجانا يتضرر به رب المال لانه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز
ولو قبض المضارب الالف الاولى فتصرف فيها حتى صارت العين
ثم اشترى بها جارية فجاءها الفان فملك الالفان قبل ان ينقدها
البائع فانه يرجع على رب المال بالف وخمسمائة ويلزم المضارب
في ماله خمسمائة وفي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب
خاصة وثلاثة ارباع الجارية على المضاربة وراس المال في هذه الثلاثة
ارباع الفاه وخمسمائة وانما كان كذلك لانه لما اشترى الجارية بالعين
فقد اشترى ها ارباعا بينهما للمضارب وثلاثة ارباعها لرب المال لانه
اشترى ها بالعين وراس المال الف فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصته

المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال يرجع عليه وما اشتراه لنفسه
فضمانه عليه وان خرج ربح الجارية من المضاربة لان القاضي لما
لزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين الا بالقسمة فخرج
الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال
الف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في راس المال
فصار راس المال الفا وخمسمائة فان بيعت هذه الجارية باربعة
الاف فالثلث منها للمضارب لان ذلك حصته من الربح فكان ملكه
وبقي ثلاثة الاف فبقي المضاربة لرب المال منها الفان وخمسمائة فيكون
بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تتساوي الفين والثمن
الف وهي مال المضاربة فضاعت عند المضارب المال كلها لان الشراء
اذا وقع بالف فقد وقع بثمن كل راس المال وانما يظهر الربح
في الثاني فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فانه
هناك الشراء وقع بالعين فظهر ربح المضارب وملك ربع الجارية
فيلزم حصته ذلك الربع من الثمن وروي عن محمد في المضارب
اذا اشترى جارية بالفي درهم الذي ربح وقيمتها الف فضاعت الالفان
قبل ان يقبضها البائع ان على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب
المال الف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد رحمه الله ولو اشترى
جارية تتساوي الفين بالف تتساوي الفا وقبض التي اشتراها
ولم يدفع الف حتى هلكتا جميعا في يده فانه يلزم قيمة التي اشتراها
وهي الف يرجع بذلك لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها
والافضل في ذلك عن راس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري
المضارب جارية قيمتها الف والفين اذا كان رب المال قال له اشتر
بالقليل والكثير والاشتراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم
جميعا وذكر بن سماعة عن محمد في موضع اخر في نوادره في رجل
دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشتري المضارب

وباع

وباع حتى صار المال ثلاثة الاف فاشتري بثلاثة الاف ثلاثة الاف
ثلاثة اعبد قيمة كل واحد الف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم
ذلك كله على رب المال ويكون راس المال اربعة الاف لان المضارب لم يتعين
له ملك في واحد من العبيد ولان كل واحد منهم يجوز ان يكون راس
المال ولهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع جميع قيمتهم وقد علل محمد
لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد
وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمدا يعتبر المضمون على
المضارب الذي يلزمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام
ان المضارب اذا قبض ولم ينفذ الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه
ضمانه فان كان ما يضمنه زايدا على راس المال كان على المضارب حصة ذلك
والا فلا وهذا يخالف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان نقد ضمن الثمن
من راس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان او يكون شرط فيما صار
مضمونا على المضارب ان يتعين حقه فيه وهاهنا وان ضمن فانه لم
يتعين حقه فيه وانما تعليله لعدم نفاذ العتق فلا يطرد فانه لو اشترى
بالفين جارية تساوي الفا يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون
جعل لنفوذ العتق في الجارية المشتراة بالفين وقيمتها الفان علة لوجوب
الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزم طرده
في جميع المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبدا بالف درهم وهي
مال المضاربة فنقد المال فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم
ضاع المال وقال المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا ادري ان المال
عندي هاذا هو قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل في
كل من يشتري شيئا انه يشتري لنفسه ولان الحال يشهد له ايضا وهي
هلاك المال فكان الظاهر شاهدا للمضارب فكان القول قوله وذكر
محمد في المضاربة الكبيرة اذا اختلفا فقال رب المال ضاع قبل ان تشتري
الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعد ما اشتريتها

وانما اريد ان اخذ الثمن ولا اعلم حتى ضاع فالقول قول رب المال
مع يمينه وعلى المضارب البينة انه استرعى والمال عنده وانما ضاع
بعد العشر الان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعي
عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعي وقوع الهلاك ورب المال
ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهي الهلاك تشهد لرب المال
فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت
اولى واذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس و
امتنع من التقاضي والقبض فان كان في المال ربح اجبر على التقاضي
وان لم يكن فيه ربح لم يجبر على التقاضي والقبض ويتأجل رب
المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح فان كان له فيه نصيب
فيكون عمله على الاجراء والاجير مجبور على العمل فيما التزم واذا لم يكن
هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا
يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب او الوكيل انه يحيل رب المال
على الذي عليه الدين حتى يمكنه القبض لان حقوق العقد راجعة اليه فلا
فلا ثبت للآمر ولاية القبض الا بإحالة العاقد فلزمه ان يحيله بالمال حتى
لا يفوت حقه ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يجز ضمانه
لان العاقد جعله امينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا فيما جعله العاقد امينا
ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فما خلف المضارب فانه يعود
دينا فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان
المال في يده امانة اذا مات قبل البيان ولا يعرف الامانة بعينها فانه يكون
عليه دينا بعينه في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة ولا
يصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو على الميت المال
في حال حياته او علم ذلك تكون تلك الامانة في يد وصيه لو في يد وارثه
ويصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته
والله اعلم

كتاب الغصب

جميع

٥٦٦

جمع محمد رحمه الله في كتاب الغصب بين مسايل الغصب وبين مسايل
الاتلاف الغصب اتلاف وبدا بمسايل الغصب فنتبدا بما بدا به فنقول
وبالله التوفيق معرفة مسايل الغصب في الاصل مبنية على معرفة حد
الغصب وعلى معرفة حكم الغصب وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب
والمغصوب منه اما حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه قال ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل
المجاهرة والمغالبة بفعل في المال وقال محمد الفعل في المال ليس بشرط لكونه
غصبا وقال الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير لغير اذنه والازالة
ليست بشرط اما الكلام مع الشافعي فنواجيء لتمهيد اصله بقوله تعالى
وكان وراءهم ملك ياخذ كل سفينة غصبا جعل الغصب مصدر الاخذ فدل
ان الغصب والاخذ واحد والاخذ اثبات اليد الا ان الاثبات اذا كان باذن
المالك يسمى ايداعا واداعة وايضا على عرف الشرع فاذا كان بغير اذن
المالك يسمى في متعارف الشرع غصبا ولان الغصب انما جعل سببا لوجوب
الضمان بوصف كونه تقديا فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك يسمى في
متعارف الشرع غصبا ولان الغصب انما جعل سببا لوجوب الضمان
بوصف كونه تقديا فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك وقع تقديا فيكون
سببا لوجوب الضمان والدليل عليه ان غاصب الغاصب ضامن
وان لم يوجد منه ازالة اليد الى المالك لزوالها بغصب الغاصب الاول
وازالة الزايل محال والله اعلم ولنا الاستدلال بضمان الغصب من وجهين
احدهما ان المالك استحق يد الغاصب عن الضمان فلا بد وان يكون الغصب
هو ازالة يد المالك لان الله تعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل بقوله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والثاني ان ضمان
الغصب لا يخلو اما ان يكون ضمان زجر واما ان يكون ضمان جبر ولا
سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من اهل الزجر ولان الانزجار
لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر تستدعي الفوات فدل انه لا بد من

التفويت لتحقق الغصب ولا حجة له في الآية لان الله تعالى في سفينة اخذ الملك تلك السفينة لغصبه اياها كما تقدم وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا وهذا الايدل على ان كل اخذ غصب بل هي حجة عليه لان غصب ذلك الملك كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة ايدي المساكين عنها فيدل ان الغصب اثبات على وجه يتضمن الازالة لاي الاثبات لان وقوعه تقديرا بوقوعه طارئا للمالك وذلك باخراجه من ان يكون منتفعا به في حق المالك واعجازه عن الانتفاع وهو تفسير تفويت اليد والتفويت اما مقرر الاثبات فاصر رفيه فلم يكن الاثبات تقديرا وعلى هذا الاصل يخرج زوائد الغصب لها ليست بمضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة او متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن في يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة اليد عنها فلم يوجد الغصب وعند محمد مضمونة لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير لفوات اذن مالكه وقد وجد وقد تصير مضمونة عنده بالبيع والتسليم والمنع والاستهلاك او الاستخدام جبرا اما المتصل فلا خلاف بين انها اصحابنا في انها تصير مضمونة واما المتصلة فذكر في الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم يذكر الخلاف وصورة المسئلة ان غصب جارية فيها الف درهم فازدادت في يده حبرا حتى صارت قيمتها الفي درهم فباعها وسلمها الى المشتري فهلكت في يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البايع فان اختار تضمين المشتري ضمنه قيمتها يوم القبض الفي درهم وان اختار تضمين البايع ضمن بالبيع والتسليم قيمتها الفي درهم ايضا ذكر في الاصل ولم يذكر خلافا وحكى بن سماعة عن محمد رحمه الله الخلاف ان على قول ابي حنيفة ان شاء ضمن المشتري قيمتها يوم القبض الفي درهم وان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب الفي درهم وليس له ان يضمنه زيادة بالبيع والتسليم وهكذا ذكر الحاكم السمرقندي في المنتقا وحكى الخلاف وهكذا ذكر الطحاوي في مختصره

الا انه للاستهلاك مطلقا فقال الا ان يستهلكهما وفسره الخصاف في شرحه مختصر الطحاوي فقال الا يكون عبدا او جارية فيقبل وهذا هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبدا او جارية فقتله الغاصب خطأ يكون المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زايدة في ذرات سنين وجه قولهما ان المنع والتسليم بغصب لانه تفويت امكان الاخذ لان المالك كان متمكنا من اخذه قبل البيع والتسليم وبعد البيع والتسليم لم يبق متمكنا وتفويت امكان الاخذ تفويت اليد معنى فكان غصبا موجبا للضمان وهذا لان تفويت يد المالك انما كان غصبا موجبا للضمان لكونه اخراج المال من ان يكون منتفعا به في حق المالك واعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتفويت امكان الاخذ فيوجب الضمان ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشتري من الغاصب كذا هذا ولابي حنيفة ان الاصل مضمون بالغصب الاول فلا يقع البيع والتسليم غصبا له لان غصب المغصوب لا يتصور والزيادة المتصلة لا يتصور افرادها بالغصب لتصير مضمونة بالبيع والتسليم بخلاف الزيادة المنفصلة فان افرادها بالغصب بدون الاصل متصور ولم تكن مضمونة بالغصب الاول لانفرادها فجاز ان تصير مضمونة بالبيع والتسليم فهو الفرق بين الزيادتين بخلاف القتل لان قتل المغصوب متصور لان محل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو الحياة ومحل الغصب هو مالية العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل الا ان للمضمون واحد والمستحق للضمان واحد فيخير وان الاصل مضمون بالغصب السابق لاشغل فيه فيصير مملوكا للغاصب من ذلك الوقت بالاجماع بين اصحابنا والمسئلة بيننا فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لانها نماء ملكه فيكون ملكه فكان البيع والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك في حق بني ادم تصرفا في ملك نفسه فلا يكون مضمونا عليه كما لو تصرف في سايراملاكه بخلاف الزيادة المتصلة لانا ان اثبتنا الملك بطريق الاستناد

فلا يستقر ملكه من وجه ولقيامه على الحال من وجه فيما يشبه الظهور في الزوائد
المتصلة ويشبه الاقتصار في المتصلة الا يمكن العمل به على العكس ليكون
عملا بالشبهين بقدر الامكان واما على طريق الظهور المحض فتخرج بحما مسئلة
والله الموفق وخلاف القتل لان العبد انما يضمن بالقتل من حيث انه ادمي
لا من حيث انه مال والغاصب انما ملكه بالضمان من وقت الغصب من حيث
انه مال لا من حيث انه ادمي لانه من حيث انه ادمي لا يحتمل التمليك فلم يكن
هو بالقتل متصرفا في ملك نفسه لهذا افترقا والله اعلم ثم على اصلهما اذا
اختار المالك تضمين البائع هل يثبت له الخيار بين ان يضمنه الدرهم
وقت الغصب قال بعض مشايخنا يثبت وهذا غير سديد لان التخيير بين
القليل والكثير عند اتحاد الجنس من باب السفه بخلاف التخيير بين البائع
والمشتري عند ابي حنيفة لان هناك الذمة مختلفة فمن الجائز ان يكون
احدهما ملياً والاخر مفلسا فكان التخيير مفيدا وبخلاف القتل لان ضمان القتل
ضمان الدم والدم موجل الى ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان المال والمال
حال فكان التخيير مفيدا بخلاف القتل لان ضمان القتل ضمان الدم والدم موجل
الى ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان المال والمال حال فكان التخيير مفيدا
ثم اذا ضمن المالك الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب او وقت البيع
والتسليم جاز البيع لانه تبين انه باع ملك نفسه والثمن له لانه بدل
ملكه وان ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشتري
بالثمن على البائع لانه تبين انه باع ملك نفسه والثمن له لانه بدل ملكه
وان ضمن المشتري قيمته وقت القبض انما اخذه بغير حق وليس له ان
يرجع على البائع بالضمان ولو غصب من انسان شيئا فجاز اخر وغصبه
منه وهلك في يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني
اما تضمين الاول فلوجود فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك واما
تضمين الثاني فلانه فوت يد الغاصب الاول ويده يد المالك من وجه
لانه يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك ولتقرر سبب الضمان في ذمته

فكانت

فكانت منفعة يده عائدة الى المالك فاشبه يد المودع فقد وجد من كل واحد
منهما سبب وجوب الضمان الا ان المضمون واحد فخير المالك بين
السببين فان اختار تضمين الاول رجع بالضمان على الثاني لانه ملك
المغصوب من وقت غصبه فتبين ان الثاني غصب ملكه وان اختار تضمين
الثاني لا يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك
من وجه على ما بينا وكذلك ان استهلكه الغاصب الثاني ومتى اختار
تضمين احدهما هل يبرأ الاخر عن الضمان بنفس الاختيار وذكر في
الجامع انه يبرأ حتى لو اراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى
بن سماعة في نوادره عن محمد انه لا يبرأ ما لم يبرئه من اختار تضمينه
او يقضي به عليه القاضي وجه رواية النوادر ان عند وجود الرضا
او القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذي ضمنه لانه باعه منه فلا
يملك الرجوع بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا
او القضاء فلم يوجد منه التمليك من احدهما فلهذا ان يملك من ايهما شاء
وجه رواية الجامع ما ذكرنا انه باختياره تضمين الغاصب الاخر ظهر
انه رضي باخذ الاول وانه بمنزلة المودع وباختيار تضمين الاول
ظهر ان الثاني ما اتلف عليه شيئا لانه لم يفوت يده والله اعلم ولو
باع الغاصب المغصوب من الثاني فهلك في يده يتخير المالك فيضمن
ايهما شاء فان ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له لما ذكرنا وان ضمن
المشتري بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكنه يرجع بالثمن
عليه لما ذكرنا وكذلك لو استهلكه المشتري ولو كان المغصوب عبدا فاعتقه
المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك البيع نفذ عتاقه استحسانا وعند
محمد وزفر لا ينفذ قياسا ولا خلاف في انه لو باعه المشتري ثم اجاز المالك
البيع الاول انه لا ينفذ البيع الثاني وجه القياس ما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك للمشتري في العبد لانه
ملك المغصوب منه فلا ينفذ اعتاقه فيه لينفذ عليه عند الاجازة ولهذا لم

ينفذ بيعه وجه الاستحسان ان اعتاق المشتري صادف ملكا على التوقف ينفذ
على التوقف كالمشتري من الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين اذا اعتقه
ثم ابرأ الغرماء الميت عن ديونهم والدليل على ان الاعتاق صادف ملكا على التوقف
ان سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالي عن الشرط ممن هو من
اهل البيع في محل قابل الا انه لم ينفذ دفعا للضرر عن المالك ولا ضرر عليه
في التوقف فيتوقف واذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف الاعتاق
بخلاف البيع فانه يعتمد شروطا اخر الا ترى انه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض
مع قيام الملك لمعنى الغرر وفي توقف نفاذ البيع الثاني على البيع الاول تحقيق
معنى الغرر ولو اودع الغاصب المغصوب فهلك في يد المودع ينخير المالك
في التضمين فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على احد لانه تبين
انه اودع ملك نفسه وان ضمن المودع يرجع على الغاصب لانه غره بالا
يداع فيرجع عليه بضمان المغرور وهو ضمان الالتزام في الحقيقة ولو
استهلكه المودع فالجواب على العكس من الاول انه ان ضمن الغاصب فالغاصب
يرجع بالضمان على المودع لانه تبين انه استهلك ماله وان ضمن المودع
لم يرجع على الغاصب لانه ضمن لفعل نفسه فلا يرجع على احد ولو اجر الغا
المغصوب او رهنه من انسان فهلك في يده بتخيير المالك فان ضمن الغا
لا يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه اجر ملك نفسه الا ان في
الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك الرهن وان ضمن المستأجر
او المرتهن يرجع على الغاصب بما ضمن والمرتهن يرجع بدينه ايضا اما رجوع
المرتهن بالضمان فلا اشكال فيه لصيرورته مغرورا واما رجوع المستأجر
فلانه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة فيتحقق الغرور
فاشبه المودع ولو استهلكه المستأجر او المرتهن بتخيير المالك الا انه ان ضمن
الغاصب يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه اجر ملك نفسه ورهن
ملك نفسه والله اعلم ولو اعاره الغاصب فهلك في يد المستعير بتخيير المالك
وايهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه اما الغاصب فلا اشكال فيه لانه

اعاره

اعار ملك نفسه فهلك في يد المستعير واما المستعير لانه استفاد ملك المنفعة
فلم يتحقق الغرور والله اعلم بالصواب وعلى هذا يخرج منافع الاعيان
المنقولة المغصوبة انها ليست بمضمونة عندنا وعند الشافعي مضمونة نحو
ما اذا غصب اودابة فاستكراها ولم يستعملها ثم رده على مالكه لانه لم يوجد
لتفويت يد المالك عن المنافع لانها اعراض تحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث
الزمان فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك فلم يوجد
لتفويت يد المالك فلم يوجد الغصب وعنده حد الغصب اثبات اليد على مال
الغير بغير اذن مالكه وقد وجد في المنافع والمنفعة مال بدليل انه يجوز
ما اذا غصب دارا او عقارا فاعدم شيئا من البناء او حائطه فذهب بالبناء
والاشجار او غلب الماء على الارض فنبتت تحت الماء لا ضمان عليه في قول ابي
حنيفة وابي يوسف الاخر وعند محمد وهو قول ابي يوسف الاول يضمن
وهو قول الشافعي اما الشافعي فقد مر على اصله في حد الغصب انه
ازالة يد المالك عن العقار لان ذلك عبارة عن اخراج المال من ان يكون
منتفعا به في حق المالك او اعجاز المالك عن الانتفاع به وهذا المعنى يوجد في
المنقول يوجد في العقار فيتحقق الغصب والدليل عليه مسئلة ذكرها
في الشهادات وهي ان من ادعى على آخر دارا فانكر المدعى عليه فاقام
المدعي شاهدين وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا يضمنان كما لو
كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار وبين المنقول في ضمان
الرجوع فدل ان الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعا واما ابو
حنيفة وابو يوسف رحمهما الله فمر على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك
عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على ان هذا شرط تحقق
الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت
يده منه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء
بالمثل وعلى انهما ان سلما تحقق الغصب في العقار فلا اصل في الغصب
ان لا يكون سببا لوجوب الضمان لان اخذ الضمان من الغاصب انكاف ماله

عليه الا تري انه يزول بده وملكه عن الضمان فيستدعي وجود الاتلاف منه اما
حقيقة او تقديرا لان الله لم يشرع الاعتداء المثل قال الله تعالي فمن اعتدي عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم ولم يوجدها هنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة
ولا تقديرا اما الحقيقة فظاهرة واما التقدير فلان ذلك بالنقل والتحويل والتغييب
من المالك علي وجه لا تقدر علي مكانه ولهذا لو حلس رجل حتي ضاعت مواشيه وفسدت
زروعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف
حقيقة وتقديرا فينتفي الضمان لضرورة النص وعلي هذا الاختلاف اذا غصب
عقارا فجاء انسان فاتلفه فالضمان علي المتلف عندهما لان الغصب لا يتحقق
في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك
فان اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان علي المتلف وان
اختار تضمين المتلف لا يرجع علي احد لانه ضمن بفعل نفسه واما مسئلة
الرجوع عن الشهادة فمن اصحابنا من منعها وقال ان محمدا رجع عن
الجواب علي اصل نفسه والعقار مضمون بالاتلاف بالاجماع وعلي هذا يخرج
ما اذا غصب صبيا حرا من اهله فمات في يده من عاقلة اصابته بان مرض
في يده فمات لانه لا يضمن لان كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب
والحر ليس بمال ولو مات في يد غاصبه بان عقره فاسده او لدغته
حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسببا والحر يضمن بالاتلاف
مباشرة وتسببا علي ما يذكر في مسايل الاتلاف ان شاء الله تعالي
ولو غصب مدبرا فمات في يده يضمن لان المدبر مال متقوم الا ان
امتنع جواز بيعه اذا كان مدبرا مطلقا مع كونه مالا متقوما لانعدام
سبب الحرية للحال وفي البيع ابطال السبب علي ما عرف وكذلك لو غصب
مكاتبا فمات في يده لانه عبد ما بقي عليه درهم علي لسان رسول الله صلي
الله عليه وسلم فكان مالا متقوما ومعتق البعض بمنزلة المكاتب
علي اصل ابي حنيفة فكانا مضمونا بالغصب كالمكاتب وعلي اصلهما
هو حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب ام ولد انسان
فمات عنده لم يضمن عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يضمن

وام

وام الولد لا يضمن بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالا
عتاق كجارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا ثم اعتقها احدهما
لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسعي هي في شيء ايضا عنده وعندهما يضمن
في ذلك كله كالمدبر ولهذه المسئلة ان ام الولد هل هي متقومة من حيث
انها مال ام لا ولا خلاف في انها متقومة بالقتل ولا خلاف في ان المدبر
متقوم وجه قولهما ان ما كانت مالا متقوما والاستيلاء لا يوجب سقوط
المالية والتقوم الا تري ان الاحق الحربية فانها لا تبطل المالية والتقوم
كما في المدبر وجه قول ابي حنيفة ان الاستيلاء اعتاق لما روي عن رسول
الله صلي الله عليه وسلم انه قال في جارية ماوية اعتقها ولدها فظاهره
يقتضي ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا ما تاخر في حق بعض
الاحكام لدليل فمن ادعي التاخير في حق سقوط المالية والتقوم فعليه
الدليل بخلاف المدبر لان التدبير لم يرد باعتاق للحال علي معني انه لا يثبت
به العتق للحال اصلا فانما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير
عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقوم ويمتنع جواز البيع لما قلنا وعلي هذا
يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي او لمسلم فملكه في يده او استهلكه
انه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال في الاديان كلها ولو وجد الغاصب
وصار مالا لحكم يذكر في موضعه ان شاء الله تعالي وعلي هذا يخرج ما
اذا غصب خمرا لمسلم او خنزيرا له فملكه في يده انه لا يضمن سواء
كان الغاصب مسلما او ذميا لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم
وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمرا او خنزيرا لذمي
فملكه في يده يضمن سواء كان الغاصب ذميا او مسلما عليه ان الغاصب
ان كان ذميا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته وان كان مسلما فعليه
القيمة فيهما جميعا وهذا عندنا وقال الشافعي لا ضمان علي غاصب الخمر
والخنزير كائنا ما كان وجه قوله ان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس
كافة لقوله تعالي في صفة الخمر رجس من عمل الشيطان وصفة المحل لا تختلف با

في ذلك ولبقي الضمان بالغصب والاتلاف ليقضي الي المفوض لان السيف
اذا علم انه اذا غصب واتلف لا يواخذ بالضمان لتدم علي ذلك وفي ذلك
منهم والقرض لهم من حيث المعني والله اعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها
منه ذمي او مسلم فهلكت عند الغاصب او خللها ثم هلكت فلا ضمان عليه
ولو استهلكها يضمن خلافا لهما لان الغصب حين وجوده لم ينعقد
سببا لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع اخر لان الهلاك
ليس من صنعه فلا يضمن واذا استهلكه فقد وجد منه صنع اخر
سوي الغصب وهو الاتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو
غصب مسلم من نصراني صليبا له فهلك في يده يضمن قيمة صليبا
لانه مقر علي ذلك وعلي هذا يخرج ما اذا استخدم عبد رجل بغير امره او
لبذ في حاجة او قاد دابته او ساقها او ركبها او حمل عليها بغير اذن
صاحبها انه ضامن لذلك سوا عطب في عمل الخدمة او في مصيره في حاجة
او مات حتف انفه لان يد المالك كانت ثابتة عليه واذا اثبت يد التصرف عليه
فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب ولو دخل دار انسان بغير اذنه وليس
في الدار احد فهلكت في يده لم يضمن في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس علي فراش غيره
او بساط غيره بغير اذنه فهلك لا يضمن بالاجماع لان تفويت يد المالك
فيما يحتمل النقل لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان
والله اعلم **فصل** واما حكم الغصب فله حكمان احدهما
يرجع الي الاخرة والثاني يرجع الي الدنيا اما الذي يرجع الي الاخرة فهو
الاثم واستحقاق المواخذة اذا فعله عن علم لانه معصية واد تكاب
المعصية علي سبيل التعمد سبب الاستحقاق المواخذة وقد روي عن رسول
الله صلي الله عليه وسلم انه قال من غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالي
من سبع ارضين يوم القيامة وان فعله لا عن علم بان ظن انه ملكه
فلا مواخذة عليه لان الخطا مرفوع المواخذة شرعا ببركة دعا النبي

حتلاف الشخص وقوله عليه السلام تكون مالا لان المال يكون منتفعا به
حقيقة مباح الانتفاع شرعا علي الاطلاق ولنا ما روي عن رسول الله صلي الله
عليه وسلم انه قال في الحديث المعروف فاعلموا ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما علي المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك
اذا هلك في يد الغاصب فيلزم ان يكون للذمي ايضا اذا غصب منه خمره
او خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين فيكون عملا بظاهر الحديث واما الكلام
في المسئلة من حيث المعني فنبض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق
اهل الذمة وكذلك الخنزير في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم
كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما
في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة
صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في اسباب البقاء هو الاطلاق الا ان
الحرمة في حق المسلم تثبت نصا غير معقول المعني او معقول لا بمعني
لا يوجد ههنا او يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالي
انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم
عن ذكر الله وعن الصلاة الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم
واجب الوقوع ولانما سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا لو
الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في
حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرايع هي حرمات
عندنا وهو الصحيح من الاقوال علي ما عرف في اصول الفقه وعلي هذا الطريق
وجوب الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال
فهي بعرض التصير مالا متقوما ما في الجملة ولا يقف علي ذلك للحال الا تري
ان المهر والجعش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف
والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير
حسبما روي عن علي رضي الله عنه انه قال امرنا بان نتركهم وما يدينون
ومثله لا يكذب وقد اتوا شرب الخمر واكل الخنزير فلزم منا ترك التعرض لهم

في ذلك

النبي صلى الله عليه وسلم وبالاتواخذ فان سينا او اخطانا وقوله رفع عن امتي الخطا
والنسيان وما استكرهوا عليه واما الذي يرجع الى الدنيا فانواع بعضها يرجع الى حال
قيام المغصوب وبعضها يرجع الى حال هلاكه وبعضها يرجع الى حال نقصانه و
بعضها يرجع الى حال زيادته اما الذي يرجع الى حال قيامه فنوعان وجوب رد المغصوب
على الغاصب والكلام في هذا الحكم في ثلاث مواضع في بيان سبب وجوب الرد
في بيان شرط وجوبه وفي بيان ما يصير المالك به مستردا اما السبب فهو
اخذ مال الغير بغير اذنه لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد
قوله لايواخذ احدكم مال صاحبه لاعبا ولا جادا فاذا اخذ احدكم عصا
صاحبه فليرد عليه ولان الاخذ على هذا الوجه معصية والرد في المعصية
واجب وذلك يرد الماخوذ ويجب رد الزيادة المتصلة كما يجب رد الاصل
لوجود سبب وجوب الرد فيه فتوجه الرد على الغاصب لانها من ضرورات
الرد فاذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية
واما شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده
واستهلكه صورة ومعنى او معنى لاصورة لاينشغل الحكم من الرد الى الضمان
لان المالك لايحتمل الرد وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها
الغاصب او نواة فغرسها حتى نبتت او نواة فغرسها حتى صارت شجرة
او بيضة فحضنها تحت دجاجة له فافرخت او قطنا فغزله او غزلا
فنسجه او ثوبا فقطعه وخاطه قميصا او لحما فشواه او طبخه او شاة فذبحها
وسواها او طبخها او حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او سمسما فعصره او
عنبا فعصره او حديدا فضربه سيفا او سكينا او صفرا او نحاسا فعمله اناء
او ترابا له قيمة فلبنه اتخذ خزفا او لبنا فطبخه اجرا وكذلك اذا لم يسترد شيئا من ذلك عندنا وبزول ملكه بضمان المثل او القيمة وعند
الشافعي ولاية الاسترداد لايزول ملكه وجه قوله انه ذات المغصوب وعينه
قايم بعد فعل الغاصب وانما فات بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد
كما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه او صبغه احمرا او اصفرا ولان الملك

في المغصوب

المغصوب كان ثابتا للمالك والفارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح
سببا لثبوت الملك له فيلحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فيبقى
له ولاية الاسترداد ولنا ان فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلاكا
للمغصوب اما صورة ومعنى او معنى لاصورة فيزول ملك المالك
عنه ويبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الا
استهلاك ان المغصوب قد تبدل وصار شيئا اخر بتخليق الله تعالى والتحاد
الماء لم يبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه وقيام
الاعيان بقيام صورها ومعانيها المطلوبة منها وفي بعضها ان بقيت
الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكا
للمغصوب صورة ومعنى او معنى فيبطل حق الاسترداد اذ المالك لايحتمل
الرد كالمالك الحقيقي ولانه اذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك
لايبقى في المالك كما في المالك الحقيقي فينقطع ولاية الاسترداد ضرورة
ومعنى او معنى فيبطل حق الاسترداد اذ المالك لايحتمل الرد كالمالك الحقيقي
ولانه اذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لايبقى في المالك
كما في المالك الحقيقي فينقطع ولاية الاسترداد وضرورة لان الاستهلاك
يوجب ضمان المثل او القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه او اضرارا به
ولهذا يوجب زوال ملكه عن المغصوب لما يذكر واذا زال ملك المالك بالضمان
يثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب الثبوت في محل قابل
وهو اثبات الملك على مال غير مملوك لاحد وبه تبين ان فعله الذي هو سبب
لثبوت الملك مباح لاحظر فيه فجاز ان يثبت به الملك وهذا بخلاف ما اذا غصب
لبنا او اجرا او ساجة فادخلها في بنائه انه لا يملك الاسترداد عندنا
ويصير ملكا للغاصب بالقيمة خلافا للشافعي هو مبني على اصله المعهود في
جنس هذه المسايل ان فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك
لكون الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم شرعا فبقي ملك المغصوب منه
كما كان واما ان المغصوب بالادخال في البناء والتركيب صار شيئا اخر غير الاول

لاختلاف المنفعة اذ المطلوب من الموكب غير المطلوب من المجرد فصار بتبعاله
فكان الادخال اهلاكا معنى فيوجب ملك المغصوب منه وتصير ملكا للغاصب
ولان الغاصب يتضرر بنقض البنا والمالك وان كان يتضرر بزوال ملكه
ايضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابله العوض فكان ضرر الغاصب
اعلى فكان اولى بالدفع ولهذا لو غصب من آخر خيطا فخاط به بطن نفسه
او دابته ينقطع حق المالك كذا هذا وذكر الكرخي ان موضوع مسئلة الساجة
ما اذا بنى الغاصب في حوالي الساجة لا على الساجة فاما اذا بنى على الساجة
الساجة لا يبطل ملك المالك بل ينقص وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني
رحمه الله لان البنا اذا لم يكن على نفس الساجة لم يكن الغاصب متعديا
بالبنا لينقص ازالة التعدي واذا كان البنا عليها كان متعديا على الساجة
فيزال التعدي بالنقض والصحيح ان الجواب في الوصفين والخلاف في الفصلين
ثابت لانه كيف ما كان لا يمكنه رد الساجة الا بنقض البنا ولزوم ضرر معتبر
هنا موضوع المسئلة حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك
بالاتفاق بل يؤمر بالرد ولو بنيت الدار في حياة الغاصب او بعد وفاته
كان صاحب هذه الاشيا اسوة للغرما في الثمن ولا يكون احق بشيء
من ذلك لان ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين
وكذلك لو غصب حنطة فجعله زنبيلا او سبيلا للمغصوب منه عليه
وهو بمنزلة الساجة اذا جعلها بنا ولو غصب نخلة فسقفا فجعلها
جذوعا كان له ان يأخذ الجذوع لان عين المغصوب قائمة وانما فوق
الاخذ فاسد الثوب اذا قطعه فلم يخطه ولو غصب ارضا فبنا عليها
او غرس فيها لا ينقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البنا والغرس
وردها فارغة لان الارض بحالها لم تتغير ولم تصر شيئا آخر الا ترى
لم تتركب بشيء وانما جاورها البنا والغرس بخلاف الساجة لانها ركبت
وصارت من جملة البنا الا ترى انه يسمى الكل بنا واحدا فان كانت
الارض تنقص بقطع ذلك فللمالك ان يضمن قيمة البنا والغرس مقلوعا

ويكون

في ذلك ويكون له البنا والغرس لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف
في ملك نفسه بالقلع والمالك ايضا يتضرر بنقصان ملكه فلزم رعايتهما
الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبر ذهب او فضة فصاغه انا
او ضرب دراهم او دنانير فللمغصوب منه ان يأخذه ولا يعطيه شيئا
لاجل الصياغة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا سبيل
له على ذلك على الغاصب مثل ما غصب واجمعوا على انه اذا اسكه ولم
يصفه او حمله مطولا او مدورا او مدورا ان له ان يسترده ولا شيء
عليه وجه قولهما ان صنع الغاصب وقع استهلاكا كما اذا غصب لصياغة
صار شيئا آخر فاشبه ما اذا غصب زيدا فاتخذه عبدا او سكينا
وجه قول ابي حنيفة ان استهلاك الشيء اخراجه من ان يكون منتفعا به
منفعة موضوعة له مطلوبة منه عادة ولم يوجد هاهنا لان المطلوب من
الذهب والفضة الثمنية وهي باقية بعد استحداث الصنعة فلم يتحقق
الاستهلاك فبقي على ملك المغصوب منه ولو غصب صفرا او نحاسا
او حديدا فصنع به اواني يظن ان كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذي ذكرنا
في الذهب والفضة لانه لم يخرج بالضرب والصياغة عن حد الوزن وان كان
يباع عددا ليس له ان يسترده بالاجماع لانه خرج عن كونه موزونا بخلاف
الذهب والفضة لان الوزن فيهما اصل لا يصور وسقوطه ابدا ولو
غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه او شاة فذبحها ولم يسلخها ولا طبخها
لا ينقطع حق المالك اذ الذبح ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعييب
فلا يوجب زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك على ما يذكر في موضعه ان
شاء الله تعالى واما بيان ما يصير المالك مسترد المغصوب فنقول وبالله
التوفيق الاصل ان المالك يصير مسترد المغصوب باثبات يده عليه
لانه صار مغصوبا بتفويت يده عنه فاذا اثبت يده عليه فقد اعاده الى يده
فزالت يد الغاصب ضرورة الا ان يفصله ثوبا وعلى هذا يخرج المسائل
اذا كان المغصوب عبدا فاستخدمه او ثوبا فلبسه او دابة فركبها او حمل عليها

صار مستردا ويبرى الغاصب من الضمان لما قلنا سواء علم المالك انه ملكه
او لم يعلم لان اثبات اليد على العين امر حسي لا يختلف بالعلم والجهل
ولهذا لم يكن العلم شرطا لتحقق الغصب فلا يكون شرط البطلانه وكذلك
لو كان طعاما فاكله لانه اثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب ولذا اذا اطعم
الغاصب يبرا عن الضمان عندنا وعند الشافعي لا يبرا وجه قوله انه عذره
في ذلك حيث اطعمه ولم يعلم انه ملكه فلا يسقط عنه الضمان ولنا انه
اكل مال نفسه فلا يستحق على غيره ولو كان المغصوب عبدا فاجره من الغا
للخدمة او ثوبا فاجره منه للبس او دابة للركوب وقبل الغاصب الاجارة برئ
عن الضمان لان الاجارة اذا صحت صارت يد الغاصب على المحل يد لاجارة
وامانة غير مضمونة فتبطل يد الغاصب ضرورة فيبرا عن الضمان حتى وجب
عليه الاجر بالاجارة وقالوا لو ان الغاصب اذا اجر العبد المغصوب من مولاه
ليبقى له حابطا معلوما انه يسقط ضمان الغصب حين يبتدي بالتسليم
لنا لان البراءة عن الضمان في الموضعين جميعا متعلقة بوجوب الاجر
والاجرة في استيجار العبد والثوب تجب بالتسليم وهو التخلية وهاهنا
تجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا ولو زوج الامة المغصوبة
من الغاصب لا يبرا عن الضمان في قياس قول ابي حنيفة وعند ابي
يوسف يبرا بناء على ان المستهري هل يصير قابضا بالتزويج ام لا
وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع في بيان حكم البيع ولو استاجر
الغاصب ليسلم العبد المغصوب عملا من الاعمال فهو جايز لكنه
لا يصير مسترد العبد ولا يبرا الغاصب عن الضمان بل هو في يد
الغاصب على ضمانه حتى لو هلك قبل ان ياخذ في ذلك العمل او بعده
ضمن وكذلك لو استاجر ليغسل الثوب المغصوب لان الاجارة هاهنا
وقعت على المغصوب فلم تثبت يد الاجارة عليه لتبطل عنه يد
الغاصب فبقي في يد الغاصب كما كان فبقي مضمونا كما كان بخلاف
استيجار المغصوب على ما بينا اذا رد الغاصب الثاني المغصوب

على

هذا

لان الاجارة وقعت على منفعة بالعبد وهو الذي اعتبر بنفسه حتى لا يسقط الضمان في غير

على ما بينا اذا رد الغاصب الثاني المغصوب على الغاصب الاول برئ
لان يده يد المالك من وجه فيصح الرد عليه والله اعلم واما الذي
يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان احدهما وجوب الضمان
على الغاصب والثاني ملك الغاصب المضمون اما وجوب الضمان
فالكلام فيه في مواضع في بيان كيفية الضمان وفي بيان شرط وجوبه
وفي بيان وقت وجوبه وفي بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدته
اما الاول فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون مما له مثل واما ان يكون
مما لا مثل له فان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدو
المتقاربة فعلى الغاصب مثله لان ضمان الغصب ضمان اعتداء
والاعتداء لم يشرع الا بمثل قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل المطلق هو المثل صورة
ومعنى فاما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة ولان
ضمان الغصب ضمان جبر الفائت ومعنى الجبر بالمثل اكمل منه
من القيمة فلا يعدل عن المثل الى القيمة الا عند العذر وقال زفر
الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسئلة في
كتاب البيوع وان كان مما لا مثل له من المزروعات والعدودات المتقاربة
فعليه قيمته لانه تعذر ايجاب المثل صورة ومعنى لانه لا مثل له فيجب
المثل معنى وهو القيمة لانها المثل الممكن والاصل في ضمان القيمة ما
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد بين شريكين اعتق
احدهما نصيبه بنصف قيمته للذي لم يعتق والنص الوارد في العبد
يكون واردا في الاماء لكل ما لا مثل له ولا له والله اعلم واما شرط وجوب
الضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد المغصوب فما دام
قادرا على رده على الوجه الذي اخذه لا يجب عليه الضمان لان الحكم الاصلي
للغصب هو وجوب رد عين المغصوب لان بالرد يعود عليه عين حقه
وبه يندفع الضرر عنه من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وانما

يصار الي الخلف عند العجز عن رد الاصل و سواء عجز عن الرد لفعله
باِن استهلكه او لفعل غيره باِن استهلك غيره او باِفة سماوية باِن هلك
بنفسه لان المحل صار مضمونا بالغصب السابق لان فعله دال لاباِلهلاك
لان الهلاك ليس صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لان عنده يتعذر
العجز عن رد العين فيتقرر الضمان وعلي هذا يخرج ما اذا ادي الغاصب
هلاك المغصوب ولم يصدقه المغصوب منه انه يطلب منه بينة فان
اقامها والا حبسه القاضي مدة يغلب علي ظنه انه لو كان في يده لاظهره
ثم يقضي عليه باِلضمان لان بذلك يثبت عجزه عن رد العين فحبس
كمن كان عليه دين فطولب به فادعي الافلاس ومن شرط للخطاب
باِداء الضمان ان يكون المثل به موجودا في ايدي الناس حتي لو غصب
شيئا له مثل ثم انقطع عن ايدي الناس لا يخاطب باِدائه للحال لانه
ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة ولو اختصما في حال انقطاعه
عن الايدي فقد اختلف اصحابنا الثلاثة قال ابو حنيفة يحكم
علي الغاصب بقصبه يوم يخاصمون وقال ابو يوسف يوم القصب
قال محمد يوم الانقطاع وجه قول محمد ان الغصب اوجب المثل
علي الغاصب والمصير الي القيمة للعذر والعذر حصل بسبب
الانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه في ذلك
الوقت وجه قول ابي يوسف ان سبب وجوب ضمان المثل عند
القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر من وقت
وجود سببه وجه قول ابي حنيفة ان الواجب كان مثل المغصوب
وبالانقطاع عن ايدي الناس لم يبطل الواجب لان الاصل ان ما ثبت
يبقي لتوهم الفائدة ولتوهم العود هاهنا ثابت الا تري ان المالك
ان يختار الانتظار الي وقت ادراكه فيأخذ المثل واذا بقي المثل واجبا
بعد الانقطاع فانما يستقر حقه من المثل الي القيمة باِلخصومة فتعتبر
قيمته وقت الخصومة فاذا علم الغاصب يكون المغصوب ملك غيره

فليس

فليس لشرط لوجوب الضمان حتي لو اخذ مالا علي وجه يحل له اخذه
ظاهرا وفي الباطن بخلافه كما اذا اشتري شيئا او ملكه بوجه من الوجوه
فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق يضمن لكن لا اثم عليه لان العلم به
ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذة قال الله تعالي
وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم واما وقت وجوب
الضمان فوقت وجود الغصب حتي لا يتغير بتغير السعر لان السبب
لم يتغير ولا تغير المحل ايضا لان تراجع السعر لفتور رغبة الناس
تعالي في قلوب عباده واما بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان
فالذي يخرج به عن عهدة تسليمان احدهما ان الضمان الي المالك
او من يقوم مقامه لان الاصل في طريق الخروج عن عهدة الواجب
اداؤه ولو هلك المغصوب في يد الغاصب الثاني فادي القيمة
الي الغاصب الاول يبرأ عن الضمان في الرواية المشهورة وروي عن
ابي يوسف انه لا يبرأ الا بقضاء القاضي وجه هذه الرواية ان الضمان
الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا باِلاداء الي المالك وجه الرواية
المشهورة ان الضمان خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين
برئ عن الضمان فكذا اذا رد القيمة لان ذلك رد العين من حيث المعنى
والثاني الابراء وهو نوعان صريح وما يجري مجري الصريح ودلالة
اما الاول فمثل ان يقول ابرأتك عن الضمان او اسقطه عنك او لا
حق لي عليك وما اشبه ذلك فيبرأ عن الضمان لانه اسقط حق نفسه
وهو من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط واما الثاني
فهو ان يختار المالك تضمين احد الغاصبين فيبرأ الاخر لان اختيار
تضمين احدهما ابراء للاخر دلالة لما ذكرنا فيما تقدم فيبرأ اما بتنفيذ
الاختيار او بشريطة رضا من اختيار تضمينه احدهما او القضاء علي
احد الروايتين اللتين ذكرناهما ولو ابرأه عن ضمان العين وهي

في يده صح الابرا وسقط عنه الضمان عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر
وجه قول ان الابرا اسقاط واسقاط الاعيان لا يتحقق فالتحق بالعدم
وبقيت العين مضمونة كما كانت واذا هلكت ضمن ولنا ان العين
صارت مضمونة بنفس الغصب فالغصب سبب لوجوب الضمان
فكان هذا ابرا عن الضمان قبل وجوب سبب وجوبه فيصح كالعفو
عن القصاص قبل الجرح قبل الموت ولو احال المغصوب منه الغاصب
ببدل الغصب صح التاجيل عندنا خلافا وعند زفر لا يصح استدلالا
بالقرض ولنا ان عدم اللزوم في القرض لكونه جاريا مجرى الاعارة
لما بينا في كتاب القرض والاجل لا يلزم في العواري وهذا المعنى لا يوجد
في الغصب فيلزمه وهذا لان الاصل هو لزوم التاجيل لانه تصرف
صدر من اهله في محله وهو العين الا ان عدم اللزوم في باب
القرض لضرورة الاعارة ولم يوجد ها هنا فيلزم على الاصل والله
اعلم واما ملك الغاصب فالمضمون فالكلام في هذا الحكم في مواضع
في بيان اصل الحكم انه يثبت ام لا وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان شرط
ثبوته وفي بيان صفة الحكم الثابت اما الاول فقد اختلف العلماء فيه
قال اصحابنا يثبت اذا كان المحل قابلا للثبوت ابتدا وقال الشافعي لا
يثبت اصلا حتى ان من غصب عبدا او اكتسب في يد الغاصب ثم
هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب ملك الغاصب
عندنا وعنده ملك المالك ولو اتلف العبد المغصوب من يد الغاصب
وعجزه عن رده الى المالك فالمغصوب منه بالخيار ان شاء انتظر
الى ان يظهر وان شاء ضمن الغاصب قيمته ولو صفته
قيمته ثم ظهر العبد ينظر ان اخذ صاحبه القيمة يقول لفسد
التي سماها ورضي بها او تصادقا عليه او بقيام البينة
او نكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعنده

ياخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبرا يعود الى ملك المالك
بالاجماع وجه قوله ان الملك لا بد له من سبب والغصب لا يصلح
سببا لانه محظور والملك نعمة وكرامة فلا يستفاد بالمحظور ولان
ضمان الغصب لا يقابل العين وانما يقابل اليد الفائتة فلا يملك
به العين كما في غصب المدبر ولنا ان ملك الغاصب يزول عن الضمان
فلو لم يلزم ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداد بالمثل
ولانه اذا زال ملك الغاصب عن الضمان وانه بدل المغصوب
لانه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البدل حكما له لو لم يزل
ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل والمبدل في ملك المالك وهذا
لا يجوز واذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب اثبت يده
على مال قابل للملك لا مالك لاحد فيه فيملكه كما يملك الحطب
والحشيش بإثبات يده عليهما وبه تبين ان ما هو سبب الملك
فهو مباح لا حظر فيه فجاز ان يثبت به الملك بخلاف المدبر لانه لا
يحتمل ابتداء الملك فيزول ملك المالك للمن لا يملكه الغاصب لعدم
قبول المحل للملك ابتداء وها هنا بخلافه ولو اخذ صاحب القيمة
بقول الغاصب بان اختلفا في القيمة وقضى القاضي بالقيمة بقول
الغاصب وبيمينه ثم ظهر العبد ذكر في ظاهر الرواية ان المغصوب
منه بالخيار ان شاء رضي بالماخوذ وترك العبد على الغاصب وان
شاء رد الماخوذ واخذ العبد لانه تبين ان الماخوذ بعض بدل العين
لا كله فلم يملك بدل المغصوب كله فيثبت له الخيار فان اراد
استرداد العبد فللغاصب ان يحبس العبد حتى ياخذ القيمة ولو
مات العبد في يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن ياخذ
من الغاصب فضل القيمة ان كان في قيمة العبد فضل على ما اخذ
وان لم يكن فيهما فضل فلا شيء له سوى القيمة وروي عن ابي يوسف
انه اذا ظهر العبد وقيمته اكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه با

لخيار على ما بينا فاما اذا كانت قيمته مثل ما قال الغاصب او اقل منه فلا
سبيل لصاحبه عليه وهكذا نقل الكرخي لانه رضي بزوال ملكه بهذا
البدل وفي ظاهر الرواية اثبت الخيار من غير تفصيل ولو اختلفا فيه
القيمة فادعى الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعى المغصوب منه
انها كانت قبله كان القول لقول
الغاصب لان التمليك قد صح فلا ينفسخ بالشك واما وقت ثبوت الملك
فثبوته وقت وجود الغصب لان الملك في الضمان يستند الى وقت
وجود الغصب فكذا في المضمون فيظهر في الكسب والغلة والربح
واما شرط ثبوت الملك في المضمون فما هو شرط ثبوت الملك في الضمان
وهو اختيار الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار
الضمان على حكم ملكه عنده فانه لو اراد ان لا يختار الضمان حتى
يهلك المغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم
الغاصب في القيمة له ذلك وعند ابي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط
ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان والمضمون جميعا وعلى هذا
الاصل ينبني الصلح عن المغصوب الذي لا مثل له على اضعاف قيمته
انه جايز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز ووجه البناء انه لما وجب
الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو ملك مقدر والزيادة عليه
تكون ربوا ولما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم يوجد
منه الاختيار كان الصلح لتقدير القيمة المغصوب عبد العدم وعليكا
للمغصوب به كأنه باعه من الغاصب به فجاز والله اعلم واما
صفة الملك الثابت للغاصب في المضمون فلا خلاف بين اصحابنا
في ان الملك الثابت له يظهر في حق نفاذ التصرفات حتى لو باعه
او وهبه او تصدق به قبل اداء الضمان ينفذ كما تنفذ هذه التصرفات
في المشترى شراء فاسدا واختلفوا في انه هل يباح له الانتفاع به بأن
ياكله بنفسه او يطعمه غيره قبل اداء الضمان واذا حصل فيه فضل

هل

هل يتصدق به الفضل قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يحل له
الانتفاع حتى يرضي صاحبه وان كان فيه فضل يتصدق بالفضل
وقال ابو يوسف يحل له الانتفاع ولا يلزمه بالتصدق بالفضل اذ كان
فيه فضل وهو قول الحسن وزفر وهو القياس وقول ابي حنيفة
ومحمد استحسان وجه القياس ان المغصوب مضمون لا شبهة
فيه وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب على اصل اصحابنا فلا
معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضي غير المالك كما في ساير
املاكه ويطيب له الربح لانه ربح ما هو مضمون وبملوك وربح ما هو
مضمون غير مملوك يطيب عنده كما يذكر في المملوك المضمون
اولي ووجه الاستحسان ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اضافه
قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية فجعل يمضغه ولا يسيغه
فقال عليه السلام ان هذه الشاة لتخبرني انها ذبحت بغير حق
فقالوا هذه الشاة لجار لنا فذبحناها لنرضيه بالثمن فقال عليه السلام
اطعموها الاساري او بان يطعموها الاساري ولم ينتفع به ولا
اطلق لاصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالا لاطعمها لاطلق مع خصاصة
وشدة حاجتهم الى الاكل وان الطيب لا يثبت الا بالملك المطلق
وفي هذا الملك شبهة العدم لانه يثبت من وقت الغصب بشبهة
العدم فلا يثبت به الحل والطيب ولان الملك من وجه حصل
بسبب محظور او وقع محظورا بتدائه فلا يخلو اعن خبثه ولان
اباحة الانتفاع قبل الاداء يؤدي الى تسليط السفهاء على اكل
اموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز
وعلى هذا يخرج ما لو غصب حنطة فطحنها انه لا يحل له الانتفاع
بالدقيق حتى يرضي صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال ابو
حنيفة ومحمد يكره له ان ينتفع به حتى يرضي صاحبه ويتصدق
بالفضل وقال ابو يوسف لا يكره الانتفاع به قبل اداء الضمان ولا يلزمه

ستهم

التصدق بالفضل وظاهر هذا الاطلاق يدل على ان عند ابي حنيفة
يكون له الانتفاع به حتى يرضي صاحبه بادا الضمان وفرق ابو
يوسف بين الزرع والطحن فقال في الطحن مثل قولهما انه لا يحل
الانتفاع به حتى يرضي صاحبه لانه الحنطة لم تهلك بالطحن وانما
تغيرت صفتها من الركب الى التصوف فكان عين الحنطة قائمة
فكان حق المالك فيهما قائما بخلاف الزرع لان البذر يهلك بالزراعة
لانه يفنى في الارض فيخرج من ان يكون مالا متقوما فلم يبق للمالك
فيه حق فلم يكن له الانتفاع به وكذلك قال ابو يوسف فيمن غصب
لؤي فصار نخلا انه يحل الانتفاع به كما لو الحنطة اذا زرعها وقال في
الردي اذا عزسه فصار نخلا انه يكره ان ينتفع به حتى يرضي صاحبه
لان النوى يفنى فيهلك والردي يزيد في نفسه وروي عن ابي
حنيفة في الشاة اذا ذبحها انه لا يسع له ان ياكلها ولا يطعم احدا
حتى يضمن القيمة وان كان صاحبها غايبا او حاضرا لا يرضى
بالضمان لا يحل له الاكل واذا دفع الغاصب قيمتها حل له الاكل
واذا دفع الغاصب قيمتها حل له الاكل وكذا اذا ضمنه المالك القيمة
او ضمنه الحاكم وهذا عندي ليس باختلاف رواية بل هذه الرواية
تفسير للاولى لان قوله حتى يرضي صاحبه محمل يحتمل الارضا
بادا الضمان ويحتمل الارضا باحتمال الضمان والمذكور هنا
مفسر فيحمل المجمل على المفسر فيجعل قوله حتى يرضيه على الارضا
باختيار الضمان ورضاه به لا على الارضا بادا الضمان توفيقا
بين الروايتين فلا يحل الانتفاع به قبل اختيار الضمان ويحل بعده
سواء ادى الضمان اولا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو
قول ابي يوسف في الشاة المسئولة انه يحل له الانتفاع بها فياكلها
ويطعمها من شاء سواء ادى الضمان ام لا ولا خلاف في انه اذا ادى
الضمان ام لا ولا خلاف في انه اذا ادى الضمان انه يحل له الاكل

وكذلك

وكذلك اذا ابرا عن الضمان وكذلك اذا ضمنه المالك القيمة او ضمنه القاضي
لا يضمنه الا بعد كلبه فكان منه اختيار للضمان ورضا به وعلى هذا يخرج
ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصه الغلة انه يضمن النقصان والغلة له
ويتصدق بها في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هي طيبة له
فضمان النقصان فلان الاستغلال وقع اتلافا فيضمن قدر ما اتلف ويصير
له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بزرع ولا ثمر وقع عن المزرع واما
الغلة فللغاصب عندنا وعند الشافعي للمالك ولنا في فروعه مسئلة
المنافع وقد مرت في مواضعها واما التصدق بالغلة وهي الاجرة عندهما
فلانها خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان سبيلها التصدق ولابي
يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح مضمون
والجواب ان التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق
الاولى لان الملك فوق الضمان ولو غصب ارضا فزرعها كرارا فنقصها
الزراعة وخرجت ثلاثة اكرار يغرم النقصان ويأخذ راس المال ويتصدق
بالفضل اما ضمان النقصان فلان الغاصب نقص الارض بالزراعة وذلك
اتلاف معنى والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف واما التصدق بالفضل
فلحصوله بسبب خبيث وهي الزراعة في ارض المغصوب وان كان البذر
ملكه ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا ان النمي ورد على
الربح وذا ليس بربح فلم يحرم والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب الفا
فاشترى جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها
بثلاثة آلاف انه يتصدق بجميع الربح في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف لا يلزمه التصدق بشيء لانه ربح مضمون بملكه لانه عند ادا
الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ومجرد الضمان يملك للطيب
فكيف اذا اجتمع الضمان والملك وهما يقولان الطيب لما لا يثبت بدون
الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الاولى وفي هذا الملك بشبهة
العدم على ما بينا فيما تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشترى بالفين جارية

تساوي العين فذهبا او اشتري بدلها ما يساوي العين فالكل لم يتصدق
بشيء لانه لم يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت لشبهة عدم الملك والشبهة
فوجب التصدق اما لا يوجب التضمين وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المشتري
احدى الدراهمين الودعيين بالاخرى خلطا لا يتميز ان الخلوط يصير
ملكا له عند ابي حنيفة لكن لا يطيب له حتى يرضي صاحبه على ما بيّن كره
ولو اشتري بالدراهم المغصوبة شيئا هلك له الانتفاع به او يلزمه التصدق
ذكر الكرخي وذلك يدل على اربعة اوجه اما ان يشير اليهما وينقد منهما
واما ان يشير اليهما وينقد من غيرها واما ان يشير الى غيرها وينقد منهما
واما ان يطلق اطلاقا وينقد منهما واثبت الطيب في الوجوه كلها وذكر
ابو بكر الاسكاف انه لا يطيب في الوجوه وهو الصحيح وجه قول ابي نصر
وابي الليث ان الواجب في ذمة المشتري دراهم مطلقة والمنقود بدل
عما في الذمة اما عند عدم الاشارة فظاهر وكذلك عند الاشارة لان الا
شارة الى الدراهم لا تفيد التعيين فالتحقت الاشارة اليهما بالعدم فكان
الواجب في ذمته دراهم مطلقة والدراهم المنقودة بدل عنها فلا يخبث
المشتري والكرخي كذلك يقول اذا لم تتأكد الاشارة بمولد وهو النقد
منهما فاذا تأكدت بالنقد منهما يتعين المشار اليه فكان المعقود بدل المشتري
فكان خبيثا وجه قول ابي بكر انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة
او الشبهة فثبت الخبث وهذا لانه ان اشار الى الدراهم المغصوبة فما
اشار اليه ان كان لا يتعين في حق الاستحقاق يتعين في حق جواز العقد
بمعرفة مجلس النقد وقدره فكان المعقود به للمشتري من وجه ونقد منها
او من غيرها وان لم يشر اليهما ونقد منهما فقد استفاد بزلة سلامة
المشتري فتمكنت الشبهة فيخبث الربح والطلاق للجواب في الجامعين
والمضاربة دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى في زماننا
بقول الكرخي لتيسر الامر على الناس لازدحام الحرام وجواب الكتاب اقرب
الى التنزه والاحتياط والله اعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد

على

على صاحبها وعند الاستحقاق ينفسخ العقد من الاصل فيتبين ان المشتري
كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم
المغصوبة امرأة وسعه ان يطأها بخلاف المشتري لما ذكرنا ان عند الاستحقاق
ينفسخ الشراء والنكاح لا يحتمل الفسخ ولو كان المغصوب ثوبا فاشتري
به جارية لا يسعه ان يطأها ولو تزوج عليه امرأة حل له وطؤها لما قلنا
والله اعلم واما الذي يتعلق بحال نقصان المغصوب فالكلام في موضعين
احدهما في بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا
منه والثاني في بيان طريق معرفة النقصان اما الاول فنقول وبالله
التوفيق اذا اعترض في يد الغاصب ما يوجب نقصانا في قيمة المغصوب
والعارض لا يخلو اما ان يكون بغير السعر واما ان يكون فوات جزء من
المغصوب او فوات صفة مرغوب فيها او معنى مرغوب فيه فان كان
بغير السعر لم يكن مضمونا لان المضمون نقصان المغصوب ونقصان
السعر ليس بنقصان المغصوب بل لتغير رغبة الناس والله تعالى في قلوب
العباد لا صنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان كان فوات جزء من المغصوب
او فوات صفة مرغوب فيها او معنى مرغوب فيه فالمغصوب لا يخلو
اما ان يكون من غير اموال الربوا واما ان يكون من اموال الربوا فان كان
من غير اموال الربوا لا يكون مضمونا اذا لم يكن للمغصوب منه فيه
صنع ولا اختيار لانه هلك بعض المغصوب صورة ومعنى او معنى لا صورة
وهلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك البعض يكون مضمونا
بقدره لما ذكرنا ان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت فيعتبر بقدر الفوات
وعلى هذا يخرج ما اذا استبطن عضو من المغصوب في يد الغاصب بان سمن
او لحقه زمانة او عرج او شلل او عمي او عور او صمم او بلم او عمي او مرض
اخر لانه يأخذه الولي ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن
او فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من عينه في يد الولي او قلع
الحبي وعلى الغاصب ما اخذه منه بسبب النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان

لم تكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على
طريق الدوام وكذلك لو اتت المغصوب من يد الغاصب من عبد او امة اذا
لم تكن اتت قبل ذلك او زنت الجارية المغصوبة او سرقت اذا لم تكن زنت قبل
ذلك لفوات معنى مرغوب فيه وهو الصيانة عن هذه الفاذورات ولهذا
كانت عيونا موجبة للرد في باب البيع وحمل الاتلاف على المالك وهل يرجع به
على الغاصب قال ابو يوسف ان الجمل انما يجب بحق الملك والملك المغصوب
منه فيكون الجمل عليه كداوته للجراحة ولو قتل العبد المغصوب او الجارية
المغصوبة في يد الغاصب قتيلا او جنى على حر او عبد في نفس او ما دونها
يرد الى مولاه ويقال له او فعد بجنايته او افده لان الملك له ويرجع المولى
على الغاصب بالاقل من قيمته او من ارش الجناية لان هذا الضمان انما
وجب بسببه كان في ضمانه ولو استهلك لرجع بالاقل من قيمته ومما اداه عنه من الدين
لما قلنا ولو قتل المغصوب نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته
بالغصب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه لانه قتل نفسه كحر فصار
كموته حتف انفه ولو كان المغصوب امة فولدت ثم قتلت ولدها ثم
ماتت ضمن قيمة الامة ولا يضمن قيمة الولد لانه امانة وكذلك اذا
كبر المغصوب في يد الغاصب من الغلام والجارية بان غصب عبدا شابا
بافتتاح في يد الغاصب او جارية مثله فصارت عجوزا في يد ضمن النقصان
لان الكبر يوجب فوات جزء وصفة مرغوب فيهما وكذلك اذا غصب جارية
شاهدا وانكسر ثديها في يد الغاصب لان نمو الثديين صفة مرغوب فيهما
وكذلك اذا غصب جارية الاتري الى قوله تعالى وكواعب اترابا واما نبات اللحية
للامرد فليس بمضمون لانه ليس بنقصان بل هو زيادة في يد الرجال الاتري
ان حلق اللحية يوجب كمال الدية وكذلك لو غصب عبدا قاريا فنسي القرآن
او محترفا فنسي الحرفة لان العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيه واما
حمل الجارية المغصوبة بان غصب جارية محبلة في يده فان كان المولى احلها

في يد

في يد الغاصب لا شيء على الغاصب لان النقصان حصل بفعل المولى فلا
يضمنه الغاصب كما لو قتلها في يد الغاصب وكذلك لو حبلت في يد الغاصب
من زوج كان لها في يد المولى لان الوطي من الزوج حصل بتسليط المولى
فصار كانه حصل منه او حدث في يده وان حبلت في يد الغاصب من زنا
اخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال ابو
يوسف ينظر الى ما نقصها الحبل والى ارش عيب الزنا فيضمن الاكثر
ويدخل الاقل فيه وهذا استحسان والقياس ان يضمن الامرين جميعا
وروي عن محمد انه اخذ بالقياس وجه القياس ان الحبل والزنا كل واحد
منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصا
على حدة فينفرد بضمان على حدة وجه الاستحسان ان الجمع بين الضمانين
غير ممكن لان نقصان الحبل انما حصل بسبب الزنا فلم ينقصها بسبب على حدة
حتى ينفرد بحكم على حدة فلا بد من ايجاب احدهما فاوجبنا الاكثر لان
الاقل يدخل في الاكثر ولا يتصور دخول الاكثر في الاقل فان ردها
الغاصب حاملا فماتت في يد المولى من الولادة ولقي ولدها ميتا من
الغاصب جمع قيمتها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
لا يضمن الا نقصان الحبل خاصة وجه قولهما ان الرد وقع صحيحا
من الغاصب في القدر المرد ود وهو ما روا الغائب بالحبل والدلائل
بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة
فلا يكون مضمونا على الغاصب كما لو ماتت بسبب اخر كما لو باع
جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم ماتت من نفاسها انه لا
يرجع المشتري على البايع بشيء كذا هذا وجه قول ابي حنيفة ان
الموت حصل بسببه كان في ضمان الغاصب وهو الحبل او الزنا
لان ذلك افضى الى الولادة والولادة افضت الى الموت فكان الموت
مضافا الى السبب السابق واذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين
ان الرد لم يصح لانعدام شرط صحته وهو ان يكون الرد مثل الاخذ من

جميع الوجوه فصار كانها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان
كذلك يضمن الغاصب جميع قيمتها كذا هذا بخلاف مسئلة البيع لان الواجب
هناك هو التسليم ابتداء للرد او قد وجد التسليم فخرج عن العهدة وبخلاف
الحر اذا زنا بها مكرهة فماتت من الولادة انه لا يضمن لانها غير مضمونة
بالاخذ ليلزمه الرد اعلى وجه الاخذ بخلاف الامة ولو كانت الجارية زنت
في يد الغاصب ثم ردها على المالك فحدث في يدها ونقصها الضرب
ضمن الغاصب الاكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ليس عليه الا نقصان الزنا
وجه قولهما ان النقصان حصل في يد المالك بسبب آخر ولابي حنيفة
ان النقصان حصل بسببين كان في ضمان الغاصب فلو احتفل نظر
الى وقت ثبوت الحكم وهو النقصان ولهذا قال ابو حنيفة فيمن
اشترى عبدا فوجده مباح الدم فقتل في يد المشتري انه ينتقض
العقد ويرجع البايع بكل القيمة وكذلك لو كان سارقا فقطع في يده
رجع بنصف الثمن اعتبارا للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم
على الحال ويكون في ضمان المشتري ويرجع على البايع بنقصان العيب
فان قيل كيف يضاف النقصان الى سبب كان في ضمان الغاصب
وذلك السبب لو وجب منه جارحا فكيف تنقصان الجرح اليد ولهذا
قال ابو حنيفة في شهود الزنا اذا رجعوا بعد ما قتلوا انهم لا يضمنون
نقصان الجرح لان شهادتهم لم توجب منه جارحا فلم يضف نقصان
الجرح اليهم كذا هاهنا قيل له النقصان لا يضاف الى السبب السابق
ها هنا كما لا يضاف الى شهادة الشهود هناك الا انه وجب الضمان
ها هنا لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب
الى سبب كان في يد الغاصب ولا يستند اليه اثره فيصير كانه ضرب
في يد الغاصب فاخرجت عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضمن
الغاصب كذا هذا فانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان

الزنا

الزنا لما ذكرنا فيما تقدم ان التفاوت بين جميعا حصلا بسبب واحد
فتتعذر القسمة بين الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل فيه والله اعلم
ولو كانت الجارية المغصوبة سرقت في يد الغاصب فردها على المالك
فقطعت عنده يضمن الغاصب نصف قيمتها في قول ابي حنيفة
وعندهما لا يضمن الا نقصان السرقة والكلام في هذه المسئلة في
الطرفين جميعا على عكس الكلام في المسئلة الاولى الا ان ابا حنيفة
اعتبر نقصان القطع هاهنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة و
اعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان نقصان القطع يكون اكثر من
نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فدخل الاقل في الاكثر بخلاف نقصان عيب
الزنا لانه قد يكون اكثر من نقصان الضرب لذلك اختلف اعتباره والله
اعلم ولو حبست الجارية المغصوبة في يد الغاصب فردها على المولى فماتت في
يده من الحمى التي كانت في يد الغاصب لم يضمن الغاصب الا نقصانها
الحمى في قولهم جميعا لان الموت يحصل بالالام التي تحملها النفس
وانما تحدث شيئا شيئا الى ان تبناها فلم يكن الموت حاصلا بسبب كان
في ضمان الغاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى ولو غصب جارية محمومة
او حبلى او مبرسما جراحة او مرض آخر سوى الحمى فماتت من ذلك في
يد الغاصب فانه يضمن قيمتها وعما ذلك فرق بين هذا وبين ما
اذا ماتت في يد المولى حبلى كان في يد الغاصب حيث جعل هناك موتها
في يد المالك كموتها في يد الغاصب ولم يجعل هاهنا موتها في يد الغاصب
كموتها في يد المالك ووجه الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان
في ضمان الغاصب وهو الحبل لانه يفضي اليه فاضيف اليه كما تحصل في
يده فتبين ان الرد لم يصح لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك
هاهنا ان حصل بسبب كان في يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان في ضمان
لان الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد صارت مضمونة
بالغصب لان التقاء سبب الهلاك لا يمنع دخولها في ضمان الغاصب لان

وجوب ضمان الغصب لا يتعلق بفعل الغاصب فاذا هلك في يده تقرر الضمان
الضمان كان منقوصا بما بينا من الوصف ونحوه لان ما لم يدخل في ضمان
الغصب الاكذلك والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سمينة
فهزلت في يد الغاصب فردها ان عليه نقصان الهزال ولو عادت سمينة
في يده فردها لا شيء عليه لان نقصان الهزال انجبر بالسمن فصار كان
لم يكن اصلا وكذلك اذا قلعت سنها في يده فنبتت فردها لا شيء عليه لان
نقصان الهزال انجبر بالسمن فصار كان لم يكن اصلا لان ما نبت قائما
حكما كما لم تقلع وكذلك اذا قطعت يدها في يده فردها مع الارش
لما قلنا والله اعلم وعلى هذا يخرج نقصان الولادة انه مضمون على الغاصب
لفوات جزء من المغصوب بالولادة الا اذا كان له جابر فينعدم الفوات
من حيث المعنى وجملة الكلام في الجارية المغصوبة اذا نقصها الولادة
ان الامر لا يخلو اما ان كان الام والولد جميعا قائمين في يد الغاصب
واما ان هلكا جميعا في يده واما ان هلك احدهما وبقي الاخر فان كانا
قائمين رد هما على المغصوب منه ثم ينظر ان كان في قيمة الولد وفا بنقصان
الولادة انجبر به ولا شيء على الغاصب وان لم يكن في قيمته وفا بالنقصان
انجبر بقدره وضمن الباقي ولو لم يكن في الولد وفا بالنقصان وقت
الرد ثم حصل به وفا بعد الرد لم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل في
ضمان الغاصب فلا تصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان الحبل
على هذا الخلاف فان كن غصب جارية حاملا فحملت في يد الغاصب فردها
الى المالك فولدت عنده ونقصها الولادة فهي في الولد وفا لا يضمن الغاصب
شيئا خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا بيعت بيعا فاسدا وهي حامل فولدت
في يد المشتري ونقصها الولادة وفي الولد وفا فردها المشتري الجارية
مع الولد الى البائع انه لا يضمن شيئا خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا كان
جارية للتجارة قيمها عليهما المحول وقيمتها الف درهم فولدت فنقصتها
الولادة مائتي درهم وفي الولد وفا بالنقصان انه يبقى الواجب في جميع

الالف

الالف ولا يسقط منه شيء وعند زفر يبقى فيما وراء النقصان و
يسقط بقدره وجه قول زفر في مسئلة الغصب انه وجد سبب وجوب
الضمان وهو النقصان فيجب الضمان جبرا له لان ضمان الغصب
ضمان جبر الغاية وقد حصل الفوات فلا بد له من جابر والولد لا يصلح
جابرا له لان الغاصب ملك المغصوب منه والولد ملكه ايضا ولا يقبل
ان يكون ملك الانسان جابر الملكه فلزمه جبره بالضمان ولنا ان
هذا النقصان صوره لا معنى لنقصان السن والعين والقطع وقد مر الدليل
على ان هذا ليس بنقصان بمعنى ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان يمنع تحقق النقصان من
حيث المعنى لان الزيادة مال متقوم مثل الغاية والسبب الذي وجب
اقابله مثله من حيث المعنى فلم يحصل الفوات الا من حيث الصورة والصورة
غير مضمونة بالقيمة في ضمان العدوان وقد خرج الجواب عن قوله
ان جبر ملكه بملكه غير معقول لان ما ذكرنا يمنع تحقق النقصان من
حيث المعنى فيمنع تحقق الفوات من حيث المعنى فلا حاجة الى الجابر
وان هلك جميعا في يد الغاصب ضمن قيمة الام يوم غصب لتحقق الغصب
فيها ولم يضمن الولد عندنا لانه ليس بمغصوب وعند الشافعي يضمن
لوجود الغصب فيه وقد مرت المسئلة في صدر الكتاب وان كان الغاصب
قتل الولد او باعه ضمن قيمته مع قيمة الام لان الولد وان كان امانة
في يد الغاصب عندنا فالامانة تصير مضمونة لوجوب سبب الضمان
فيها وقد وجد على ما بينا فيما تقدم فان كانت قيمة الام الف درهم
فنقصتها الولادة مائة درهم يدخل ذلك النقصان في قيمة الام يوم ولدت
وقيمة الولد تامة وكذلك لو سوا ان النقصان اذا انجبر بالولد كان
الواجب من الضمان في الحاصل الف ومائة فان اعتبرت قيمة الام تامة
بقي نصف قيمة بالولد وان اعتبرت قيمة الام بنقصها يبقى كل قيمة
الولد وان هلك احدهما وبقي الاخر فان هلك الولد قبل الرد والام

وضمان نقصان الولادة وليس عليه ضمان الولد هذا اذا لم يهلك
امانة وان هلكت الام وبقي الولد ضمن قيمة الام يوم غصب ورد الولد
ولا يجبر الام بالولد وان كان في قيمة الولد وفا بقيمة الام بخلاف ضمان
النقصان انه يجبر بالولد لان الجبر هناك لاتحاد سبب النقصان والزيادة
وهو الولادة ولم يوجد هاهنا لان الولادة سبب لحصول الولد وليست سببا
لحلاك الام لانها لا تفضي الى الهلاك غالبا فلم يتحد السبب فتعذر الجبر
والله اعلم وعلى هذا الخرج ما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه ان للمغصوب
منه ان يضمنه القيمة النقصان غير ان النقصان ان كان يسيرا لا خيار
للمغصوب منه وليس له الا ضمان النقصان لان ذلك نقص وعيب
فتوجب ضمان نقصان العيب وان كان فاحشا بان قطعه قباء او
قميصا فهو بالخيار ان شاء اخذه مقطوعا وضمنه ما نقصه القطع وان
شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لان القطع الفاحش
يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب الاترى لا يصلح لما كان يصلح له قبل
القطع فكان استهلاكا له من وجه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة
فذبحها ولم يشوها ولا لحمها وروي الحسن عن ابي حنيفة انه ان شاء
اخذ الشاة ولا شيء له غيرها وان شاء ضمنه قيمتها قيمتها يوم
الغصب وجه هذه الرواية ان ذبح الشاة ان كان نقصانا صورة
فهو زيادة من حيث المعنى لان المقصود من الشاة اللحم والذبح و
سيلة الى هذا المقصود فلم يكن نقصانا بل كان زيادة حيث رفع عنه
مونة الوسيلة فكان الغاصب محسنا في الذبح وقد قال تعالى ما
على المحسنين من سبيل فاذا اختار اخذ اللحم لا يلزمه شيء آخر لانه
تبين له خيار الترك عليه ويضمنه القيمة لفوات مقصود ما في
الجملة وجه رواية الاصل ان الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها
مقاصد اخر من الدر والنسل والتجارة فكان الذبح تفويتا لبعض
المقاصد المطلوبة منها فكان نقيصا لها واستهلاكا من وجه فيثبت

خيار

خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة كما في مسئلة الثوب
وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا غصب من انسان عينا من ذوات القيم
او من ذوات الامثال وتعلقا الى بلدة اخرى فالتقيا والعين في يد الغاصب
وقيمتها في ذلك المكان اقل من قيمتها في مكان الغصب ان للمغصوب
منه ان يطالب في ذلك المكان بقيمتها التي في مكان الغصب لان قيم
الاعيان تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا تعلقا الى
ذلك المكان وقيمتها فيه اقل فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل
فلو اجبر على اخذ العين لتضرر به من جهة الغاصب فيثبت له الخيار
ان شاء طالبه بالقيمة التي في مكان الغصب وان شاء انتظر العود الى مكان
الغصب بخلاف ما اذا وجد في البلد الذي غصبه فيه وقد انقضى السفر
انه لا يكون له خيار لان النقصان هناك ما حصل بصنعه لانه حصل بتغير
السعر ولا صنع للعبد في ذلك بل هو محض صنع الله تعالى اعني مضونة
فلم تكن مضمونا عليه فلو كانت قيمة العين في المكان المنقول اليه مثل
قيمتها في مكان الغصب او اكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة
لان الحكم الاصلي للغصب هو وجوب العين حال قيام العين والعود
الى القيمة لدفع الضرر وها هنا يمكنه الوصول الى العين من غير ضرر
يلزمه فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب دراهم او دنانير
ليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لان الدراهم والدنانير
حملت اثمانا الاشياء ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف الاماكن عادة
لانه ليس لها حمل ومونة لغرضا وقلما عادة فلم يكن النقل نقصانا
لها واختلاف قيم الاعيان باختلاف الاماكن للحاجة الى الحمل والمونة
ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة وله ان يطالبه برد عينها
لانه هو الحكم الاصلي للغصب والعود الى القيمة لعارض العجز والضرر
ولم يوجد هذا اذا كانت المغصوبة قائمة في يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة
فالتقيا فان كانت من ذوات القيم اخذ قيمتها التي كانت وقت الغصب

ن
المصير

لا عما اذا هلكت بينة ان الغصب السابق وقع اتلافا من حين وجوده
والحكم يثبت من حين وجوده سبب وان كانت من ذوات الامثال
ينظر ان كان سعرها في المكان الذي التقيا فيه اقل من سعرها في مكان
الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شا اخذ القيمة التي للعين في مكان
الغصب وان شا انتظر ولا يجبر على اخذ المثل في هذا المكان لما ذكرنا ان
نقص العين بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة الاشيا التي
لها حمل ومونة تختلف باختلاف المكان لمكان الحمل والمونة فالمجبر على
الاخذ في هذا المكان يكون اضرارا به فيثبت له الخيار ان شا اخذ القيمة
وان شا انتظر كما لو كانت العين قايمة وقيمتها في هذا المكان اقل وان
كانت قيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغصب فالغاصب
بالخيار ان شا اعطا المثل في مكانه المخصومة وان شا اعطا القيمة في مكان
الغصب لانه في الزام تسليم المثل في مكان المخصومة ضررا بالغاصب
في التاخير الى العود الى مكان الغصب ضررا بالمغصوب منه فيسلم اليه
في هذا المكان القيمة التي له قيمتها في مكان الغصب الا ان يرضى المغصوب
منه بالتاخير والله اعلم وان كان المغصوب من اموال الربوا مما لا يجوز
بيعه بجنسه متفاضلا كالمكيلات والموزونات فاستهلكه الغاصب
بصنعه او بغير صنعه فليس للمغصوب منه ان ياخذه منه ويضمنه
قيمة نقصانه لانه يودي الى الربوا وعلى هذا يخرج ما اذا اغصب حنطة
فمضت في يد الغاصب او ابلت او صب الغاصب فيها ماء فانتقصت
قيمتها ان صاحبها بالخيار ان شا اخذها بعينها ولا شي له غيرها
وان شا تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصب وليس له ان ياخذها
ويضمنه النقصان وهذا عندنا وعند الشافعي له ذلك بنا على ان الجودة
بالقرى لها لا قيمة لها في اموال الربوا عندنا وعنده لها قيمة والمسالة
مرت في كتاب البيوع واذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة لان
المضمون هو المال المتقوم ولا عما اذا لم تكن متقومة تودي الى الربوا

ولو

ولو غصب درهما صحيحا او دينارا صحيحا فانكسر في يده او كسره
انسان في موضع لا تتفاوت الصحيح والمكسر في القيمة لا شي على الغا
وان كان في موضع تتفاوت فصاحبها بالخيار ان شا اخذه بعينه
ولا شي له غيره وان شا تركه عليه وضمنه مثل ما اخذ وليس له ان ياخذ
بعينه ويضمنه النقصان عندنا خلافا للشافعي بنا على الاصل الذي ذكرنا
وان كان المغصوب انا فضة او ذهب فانكسر في يد الغاصب او هشمه
فالمالك بالخيار ان شا اخذه بعينه ولا شي له غيره وان شا ضمنه
من خلاف الجنس لان الجودة لا قيمة لها بالقراها فاما على الاصل فمتقوم
خصوصا اذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين
بالمثل غير ممكن لانه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل
الى تضمينه بجنسه لانه يودي الى الربوا فلزمه تضمينه بخلاف
جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لان هناك ايجاب المثل ممكن وهو الاصل
في الباب فلا عدل عن الاصل من غير ضرورة ولو قضي عليه بالقيمة
من خلاف الجنس ثم تفرقا قبل القبض من الجانبين لا يبطل القضا
عند اصحابنا الثلاثة لان القيمة قامت مقام العين وعند زفر يبطل
لانه صرف وكذلك اذا كان الصفر والنحاس والشبه والرصاص اذا كانت
تباع وزنا بمني وآنية الذهب والفضة سوا لانها اذا كانت تباع وزنا
لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن فكانت موزونة فكانت من اموال
الربا كالذهب والفضة وكذلك هذا الحكم في كل مكيل او موزون
اذا انتقص من وصفه لا من الكيل والوزن وان كانت تباع عددا فانا
تكسرت او كسرت ان كان ذلك لم يورث منه عيبا فاحشا فصاحبها
بالخيار ان شا اخذها واخذ قيمة النقصان وان شا تركها عليه
وضمنه قيمتها صحيحا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عصيرا فصار خلا
في يده او لبنا حليبا فصار محيضا او عنبا فصار زبيبا او رطبا فصار
تمرا ان المغصوب منه بالخيار ان شا اخذ ذلك الشي بعينه ولا شي له

غيره لان هذا من اموال الربوا فلم تكن للجودة فيها يد لتفاوتها بتقوم
فلا تكون متقومة وان شاء تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب
لما ذكرنا فيما تقدم واما طريق معرفة النقصان فهو ان يقوم صحيحا
او يقوم به العيب فيجب قدر ما بينهما لانه لا يمكن معرفة قدر النقصان
الا بهذا الطريق والله اعلم واما الذي يتعلق بزيادة حال المغصوب
فنقول وبالله التوفيق اذا حدثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب
فالزيادة لا تخلو اما ان تكون منفصلة عن المغصوب واما ان تكون
متصلة به فان كانت منفصلة عنه اخذها المغصوب منه مع
الاصل ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الاصل كالولد
والثمرة واللبن والصوف او ما هو في حكم المتولد كالارش والعقر
او غير متولدة منه اصلا كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها
لان المتولد منها ما ملكه فكانت ملكه وما هو في حكم المتولد بدل جزء
مملوك او بدل ماله حكم الجزء فكان مملوكا له وغير المتولد كسب ملكه
فكان ملكه واما ملك المنفعة وهو الاجرة فان اجر الغاصب المغصوب
لملك الغاصب عندنا ويتصدق به خلافا للشافعي بناء على ان المنافع
ليست باموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب
والاتلاف انما تتقيد بالعقد والد وجد من الغاصب وعنده هي
اموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب والاتلاف
وانما تتقوم بالعقد والد وجد من الغاصب وعنده هي اموال متقومة
بانفسها مضمونة بالغصب والاتلاف كالاعيان وقد ذكرنا المسئلة
فيما تقدم والله اعلم وان كانت متصلة به فان كانت متولدة كالسمن
والجمال والسمن والكبر ونحوها اخذها المالك مع الاصل ولا شيء عليه
للغاصب لانها ملكه وان كانت غير متولدة منه ينظر ان كانت الزيادة
غير مال متقوم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه بالخيار
على ما يذكر وان كان عين مال متقوم قائم اخذها المغصوب منه ولا

شيء للغاصب وان كانت عين مال متقوم لكنه ليس بتبع للمغصوب
بل في اصل بنفسها تزول عن ملك المغصوب وتصير ملكا للغاصب
بالضمان وبيان هذا في مسائل اذا غصب من انسان ثوبا فصبغه
الغاصب بصبغ نفسه فان صبغه احمر او اصفر بالعصفر والزعفران
وغيرهما من الالوان سوى السواد فصاحب الثوب بالخيار وان شاء
اخذ الثوب من الغاصب واعطاه ما زاد الصبغ فيه اما ولاية اخذ الثوب
فلان الثوب ملكه لقيامه اسمه ومعناه واما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلان
للغاصب عين مال متقوم قائم فلا سبيل الى ابطال ملكه عليه من غير
ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية للجانبين وان شاء ترك الثوب على
الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض يوم الغصب لانه لا سبيل الى جبره
الى اخذ الثوب اذ لا يمكنه اخذه الا بضمان وهو قيمة ما زاد الصبغ
فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب
الضمان منه وقيل له خيار ثالث بترك الثوب على حاله فكان الصبغ
فيه للغاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقيهما كما اذا
انصبغ لا بفعل احد لان الثوب ملك المغصوب منه والصبغ ملك
الغاصب والتمييز متعذر فصارا شريكين في الثوب فيباع الثوب
ويقسم الثمن بينهما على قدر حقيهما وانما كان الخيار للمغصوب منه
لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك ايضا وهو الصبغ لان الثوب
اصل والصبغ تابع له فتخيير صاحب الاصل اولى من تخيير صاحب
التبع ولان للغاصب ان يحبس الثوب بالصبغ لانه صاحب تبع
وان صبغه اسود اختلف فيه قال ابو حنيفة صاحب الثوب بالخيار
ان شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض وان شاء اخذ الثوب
ولا شيء للغاصب بل ضمنه النقصان وقال ابو يوسف ومحمد السواد
وسائر الالوان سواء وهذا بناء على ان السواد نقصان عند ابي حنيفة لانه
يحرق الثوب فينقصه وهو عندهما زيادة كسائر الالوان

وقيل انه لا خلاف بينهم في الحقيقة وجواب ابي حنيفة في سواد ينقص
وجوابهما في سواد يزيد وقيل كان السواد يزيد تارة وينقص تارة في زمن وزمنها
كان يزيد زيادة فكان اختلاف زمان والله اعلم واما المصفر اذا نقص
الثوب بان كانت قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين
فانه ينظر الى قدر ما يزيد هذا الصبغ لو كان في ثوب يزيد هذا الصبغ
قيمته ولا ينقص فان كان يزيده قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب
بالخيار وان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض
ثلاثين درهما وان شاء اخذ الثوب واخذ من الغاصب خمسة دراهم
كذا قال محمد رحمه الله لان المصفر نقص من هذا الثوب عشرة دراهم
الا ان لقدر خمسة فيه صبغ فاخبر نقصان الخمسة به او صارت
الخمسة ان قصاصا وبقي نقصان خمسة فيرجع عليه بخمسة
وكذلك السواد وعلى هذا والله اعلم ولو صبغ الثوب المغصوب بعصفر
نفسه وباعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضى له بالثوب
ويستوفي منه بكفيل اما القضاء بالثوب لصاحب الثوب فلما ذكرنا
ان الثوب اصل والصبغ تابع له فكان صاحب الثوب صاحب اصل
فكان اعتبار حاجته اولى واما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب
فيه عين مال متقوم قائم ولو وقع الثوب المغصوب في صبغ انسان
فانصبغ به او هبت الريح بثوب انسان فالقته في صبغ غيره فانصبغ
به فان كان الصبغ عصفرا او زعفرانا فصاحب الثوب بالخيار
ان شاء اخذ الثوب واعطاه ما زاد الصبغ فيه لما مر وان شاء اتبع لما
الله لا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب
الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحقه يضرب
صاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سوادا اخذه صاحب
الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه المنقصان ان كان
غاصبا لان النقصان حصل في ضمانه وهذا قول ابي حنيفة وعندهما

حكمه

حكمه حكم سائر الاموال على ما بينا وكذلك السمن يخلط بالسويق
المغصوب او يخلط به فالسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ
لان السويق اصل والسمن كالتابع له الا ترى انه يقال سويق ملتوت
ولا يقال سمن ملتوت واما العسل اذا خلط بالسمن او اختلط به
فكلاهما اصل واذا خلط المسك بالدهن او اختلط به فان كان يزيد
الدهن ويصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان كان دهنا لا يصلح
بالخلط ولا يزيد قيمته كالادهان المتيبة تمنوها لك ولا تفسد به والله
اعلم ولو غصب من انسان ثوبا ومن انسان صبغا فصبغه به
لصاحب الصبغ صبغا مثل صبغه لانه اتلف عليه صبغه وهو من
ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل فنفعل ذلك حكمه وحكم ما اذا
صبغ الثوب المغصوب بصبغ نفسه سواء لانه ملك الصبغ بالضمان
وقد بينا ذلك ولو غصب من انسان ثوبا ومن اخر صبغا فصبغه
به ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا صبغ بغير فعل احد سواء استحسانا
والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل وجه
القياس ما ذكرنا ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتلاف منه
فملكه بالضمان وزال عنه ملك صاحبه وجه الاستحسان انه اذا
غاب الغاصب على وجه لا يعرف لا يمكن اعتبار فعله في ازالة الحكم عليه
فيجعل كانه حصل لا بصنع احد ولو غصب ثوبا او عصفرا من رجل
واحد فصبغه به فالمغصوب منه يأخذ الثوب مصبوغا ويبرئ الغا
من الضمان في العصفر والثوب استحسانا والقياس ان يضمن الغا
عصفرا مثله ثم يصير كله صبغ ثوبه بعصفر نفسه فيثبت الخيار
لصاحب الثوب لما ذكرنا انه اتلف عليه عصفره وملكه بالضمان فهذا رجل
صبغ الثوب بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب وجه الاستحسان
ان المغصوب منه واحد فالغاصب خلط المغصوب منه بما لم يخلط مال

صب

الانسان بماله لا يعد استهلاكا له بل يكون نقصانا فاذا اختار اخذ
الثوب وقد ابراه عن النقصان ولو كان النقصان لرجل والثوب لاخر فرضيا
ان يأخذه كما يأخذ الواحد ان لو كان له فليس لهما ذلك لان المالك ها هنا
اختلف فكان الخلط استهلاكا والله اعلم ولو غصب انسان عصفرا وصبغ
به ثوب نفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفره وله
مثل فيضمن مثله وليس لصاحب العصفر ان يحبس الثوب لان الثوب
اصل والعصفر تابع له والسواد في هذا بمنزلة العصفر في قول ابي حنيفة
ايضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها في حكم ضمان الاستهلاك
سواء والله اعلم ولو غصب دارا فجصصها فزادها قيل لصاحبها اعطه
ما زاد التجصيص فيها الا ان يرضى صاحب الدار ان يأخذ الغاصب
جصته لان الغاصب فيها عين مال متقوم قايم وهو الجص فلا يجوز
ابطال حقه من غير عوض فيخير صاحب الدار لانه صاحب اصل وان شاء
اخذها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شاء رضي ان يأخذ
جصته ولو غصب مصحفا فنقطه روي عن ابي يوسف ان لصاحبه
اخذه ولا شيء عليه قال محمد صاحبه بالخيار ان شاء اعطاه ما زاد النقط
فيه وان شاء ضمنه قيمته غير منقوط وجه قول محمد ان النقط زيادة
في المصحف فاشبه الصبغ في الثوب وجه ما روي عن ابي يوسف ان
النقط اعيانا لا قيمة لها فلم يكن للغاصب فيه عين مال متقوم
قايم بقي مجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم
يوجد ولان النقط في المصحف مكروه الا ترى الى ما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال جودوا القرآن واذا كان التجويد مندوبا اليه
كان النقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب المصحف اخذه ولو
غصب حبوانا فكبر في يده او سمن وازدادت قيمته بذلك فلصاحبه
ان يأخذه ولا شيء عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين ماله

متقوم

متقوم قايم وانما الزيادة نماء ملك المالك وكذلك لو غصب حبرجيا او مريضا
فداواه حتى برا وصح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على المالك بما انفق لانه انفق
على مال الغير بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب ارضا فيها زرع او
شجر فسقاه الغاصب وانفق عليه حتى ادرك بلوغه وكذلك لو كان نخلا
الطلع فاثمره والحقه وقامه عليه فهو للمغصوب منه ولا شيء للغاصب فيما
انفق لما قلنا ولو كان حصد الزرع فاستهلكه او جذ من الثمر شيئا او خرز الصوف
او حلب كان ضامنا لانه اتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن ولو غصب ثوبا
فقتله او غسله او قصره فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء للغاصب عين مال
متقوم قايم فيه اما القتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة واما الغسل
فلانه ازال الدسخ من الثوب واعاده له الى الحالة الاولى والصابون اولى من
فيه تلف ولا يبقى واما القصارة فلانها تسوية اجزاء الثوب فلم يحصل
في الثوب زيادة عين مال متقوم ولو غصب من مسلم خمرا فخللها
فلصاحبها ان يأخذ الخل من غير شيء لان الخل ملكه ولان الملك كان
ثابتا له في الخمر فاذا صار خلا حدث الخل على ملكه وليس للغاصب
فيه عين مال قايم متقوم لان الملح الملقى في الخمر يتلف فيها فصار كما لو
تخللت بنفسها في يده ولو كان كذلك لا خذه من غير شيء كذا هذا وقيل
موضوع المسئلة انه خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشيء له فيه
وهو الصحيح وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة ودبغه انه
ولبغه شيء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه ان يأخذه ولا
شيء عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه وبعد ما صار مالا بالدباغ بقي
على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قايم انما فيه مجرد
فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد هذا اذا اخذه من
منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فاخذ جلدها
فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان القاء في الطريق اباحة للاخذ كالقاء
النوى وتشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب بعد

ما دبغه لشيء لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجب
بالغصب السابق واما ان لا يجب هذا لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة
له وقت الغصب ولا سبيل الى الثاني لانه لم يوجد الاتلاف من الغاصب وان
استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل الدباغ وبعد ما صار مالا بالدباغ
بقي على حكم ملكه لاحق للغاصب فيه واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه
لا حق له فيه يوجب الضمان ولو دبغ شيء متقوم كالعرض والعصفر
ونحوهما فلصاحبه ان يأخذه ويلزمه له ما زاد الدباغ فيه لانه ملك صاحبه
وللغاصب له فيه عين ملك متقوم قايم فلزم مراعاة الجانبين وذكر فيما
قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم
الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك في يده بعد ما دبغه لا ضمان
عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند ابي حنيفة وذكر في ظاهر الرواية
ان على قول ابي يوسف ومحمد يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه المالك ما
زاد الدباغ فيه وذكر الطحاوي في مختصره ان عندهما يلزم قيمته ان
لو كان الجلد ذكيا غير مدبوغ وجه قولهما انه اتلف ما لا متقوما مملوكا
لغير اذن مالكه فيوجب الضمان كما اذا دبغه شيء لا قيمة له فاستهلكه
وانما قلنا ذلك اما المالية والتقوم فلان للجلد بالدباغ صار مالا متقوما
واما الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ وبعده بقي على حكم ملكه فلهذا
وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا ولابي حنيفة
رحمه الله ان المتقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب الضمان عليه لان الاصل
ان الحادث بفعل الانسان يكون حقا له فلا يقع ايجاب الضمان عليه
فالتحق هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف ما لا قيمة له حتى انه
فلا يجب الضمان به ولان تقوم الجلد بالدباغ لما زاد الدباغ لانه حصل بالدباغ
وما زاد الدباغ فيه مضمون فكذا ما هو تابع له يكون ملحقا به والمضمون
بدل لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه

شيء

شيء لا قيمة له لان هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الا
تلاشي جلد غيره وان كان الجلد ذكيا قد نقد فان دبغه بما لا قيمة له
فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء عليه لما ذكرنا ان ملك صاحبه وليس
للغاصب فيه عين مال متقوم قايم وليس له ان يضمن الغاصب شيئا
لان الجلد ذكيا قد نقد قايم لم ينتقص ولو دبغه بما له قيمة فصاحبه با
الخيار ان شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شاء اخذه واعطاه ما
زاد الدباغ فيه لما ذكرنا في الثوب المغصوب اذا صبغه احمر او اصفر بصبغ
نفسه ولو ان الغاصب جعل هذا الجلد اديما ازرقا او وقرا او حرابا
او خفافا ولم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه صار شيئا اخر غير
بدل الدراهم الاسم والمعنى فكان استهلاكا له معنى ثم ان كان الجلد
ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان كان ميتة فلا شيء له ولو غصب خمرا
لمسلم فصار خلا في يده او خلا ضمن عصيرا مثله لانه هلك في يده لغير
خلا او خمرا او خلا والعصير من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل

ورثه

فصل واما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اذا اقام الغاصب
هلاك المغصوب في يديه ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب
فان القاضي يحبس الغاصب مدة لو كان قايما لاظهره في تلك المدة
ثم يقضي عليه بالضمان لما ذكرنا فيما تقدم ان الحكم الاصلي للغصب هو
وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فلم يثبت العجز عن
الاصل لا يقضي بالقيمة التي هي خلف ولو اختلفا في اصل الغصب
او في جنس المغصوب ونوعه او قدره او صفته او قيمته وقت الغصب
فالقول في ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب منه يدعي عليه الضمان
وهو منكر فكان القول قوله اذا القول في الشرع قول المنكر ولو اقر الغاصب
بما يدعي المغصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق الا ببينة لان الاقرار با
لغصب اقرار بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو لقوله رددت عليه
يدعي فساخ السبب فلا يصدق من غير بينة وكذلك لو ادعى الغاصب

ان المغصوب منه هو الذي احدث العيب في المغصوب لا يحدث الا ببينة لان
الاقرار بوجود الغصب منه اقرار بوجود الغصب بجميع اجزائه في ضمانه
فتوليد هي احداث العيب من المغصوب منه ويدعي خروج بعض اجزائه عن
ضمانه فلا يحدث الا ببينة ولو اقام المغصوب منه البينة انه غصب الدابة
ونفقت عنده واقام الغاصب البينة انه ردها اليه وانما نفقت عنده فلا
ضمان عليه لان من الجائز ان شهود المغصوب منه اعتمدوا في شهادتهم
على استصحاب الحال لانهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الامر على
ظاهر بقاء المغصوب في يد الغاصب الى وقت الهلاك وشهود الغاصب في
شهادتهم بالرد اعتمدوا حقيقة الامر وهو الرد لان الامر لم يكن فكانت
الشهادة القائمة على الرد اولى كما في شهود الجرح مع شهود التزكية وروي
عن ابي يوسف ان الغاصب ضامن ولو اقام المغصوب منه البينة انه غصب
منه هذا العبد ومات عنده واقام الغاصب البينة ان العبد مات في يد مولاه
قبل الغصب لم يشتغ بهذه الشهادة لان موته في يد مولاه قبل الغصب لا يسقط
الحكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقت بالعدم فيجب العمل بشهادة شهود
المغصوب منه ولان من الجائز ان شهود الغاصب اعتمدوا استصحاب الحال
وهي حال اليد التي كانت عليه اقوى لجواز انهم علموها ثابتة ولم يعلموا بالغصب
ولم يبطل تلك اليد قائمة فاستصحبوها وشهود المغصوب منه اعتمدوا
في شهادتهم تحقق الغصب فكانت شهادتهم اولى بالقبول ولو اقام
المغصوب منه البينة ان الغاصب غصب هذا العبد يوم النحر بالكوفة
واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان
واجب على الغاصب لانه بينة الغاصب لا يتعلق بها حكم فالتحقت
بالعدم فبقيت بينة المغصوب منه بلا معارض فلزم العمل بها وقال محمد
في الاصل اذا اقام الغاصب البينة انه مات في يد المغصوب منه واقام المغصوب
منه بينة انه مات في يد الغاصب فالبينة بينة الغاصب لما ذكرنا ان بينته
قامت على اثبات امر لم يكن وهو الرد وبينة المغصوب منه قامت على البقاء

رهو

وهو الغصب فكان بينة الرد اولى والله اعلم ولو اقام المغصوب منه البينة
ان الدابة نفقت عند الغاصب منذ كذا واقام الغاصب البينة انه
ردها اليه فالبينة بينة المغصوب منه وعلى الغاصب القيمة لان بينة
الغاصب لا تدفع بينة المغصوب منه لانها قامت على رد المغصوب
ومن الجائز انه رد ها ثم غصبها ثانيا وركبها فنفقت في يده فامكن الجمع
بين البينتين ولذلك لو شهد شهود صاحب الدابة ان الغاصب غصبها
وشهد شهود الغاصب انه ردها اليه كما اذا قال رجل لآخر غصبت
منك الف ثم قال كنا عشرة قال ابو يوسف لا يحدث وقال زفر يحدث
وجه قول زفر ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ
واجب والعمل على الواحد ترك العمل بالحقيقة فلا يحدث وجه قول
ابي يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما امكن وها هنا لا يمكن لان
قوله غصبنا اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين فلو
عملنا بحقيقته لا نفينا كلامه ولا شك ان العمل بالمجاز اولى من الالغاء

فصل واما مسائل الاتلاف فالكلام فيها لا يخلو اما ان ورد
على بني ادم واما ان ورد على غيرهم من البهائم والجمادات فان ورد على
بني ادم فحكمه في النفس وما دون النفس يذكره في كتاب الجنايات
ان شاء الله تعالى وان ورد على غير بني ادم فانه توجب الضمان اذا
استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان
كونه سببا لوجوب الضمان وفي بيان شرائط الضمان وفي بيان ما يتأدى
الضمان الواجب به اما الاول فلان اسم الاتلاف سبب لوجوب الضمان
عند استجماع شرائط الوجوب لان اتلاف الشيء اخراجه من ان يكون منتفعا
به منتفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتداء واضرار وقد قال تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقد تعذر في الحر من حيث الصورة

وجوب

يجب لغيره من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فيتنفع
الضرب بالقدر الممكن ولهذا وجب الضمان بالغصب فيما لا تلاف او في
لانه في كونه اعتداء واضرارا وسواء كان الاتلاف مباشرة بالقتال الالة بمحل
المتلف او تسبيبا بالفعل في محل يفضي الى محل تلف عين عادة لان كل واحد
منهما يقع اعتداء واضرارا فيوجب الضمان وبيان ذلك في مسايل اذا قتل
دابة انسان او احرق ثوبه او قطع شجرة او اراق خمره او هدم بناءه
ضمن سواء كان المتلف في يد المالك او في يد الغاصب لتحقق الاتلاف في الجانبين
غير ان المغصوب ان كان منقولا وهو في يد الغاصب يخير المالك ان شاء
ضمن الغاصب وان شاء ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان
من كل واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على
المتلف لان ملك المغصوب بالضمان قبيل الاتلاف ورد على ملكه
وان ضمن المتلف لا يرجع بالضمان على احد وان كان عقارا ضمن المتلف
ولا يضمن الغاصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد الجواب
فيه في المنقول سواء بناء على ان العقار غير مضمون بالغصب عندهما
وعنده مضمون فكان له ان يضمن ايهما شاء كما في المنقول وكذلك اذا
نقص مال انسان مما لا يجري فيه الربوا ضمن النقصان سواء كان في يد
المالك او في يد الغاصب لان النقص اتلاف جزء منه وتضمينه ممكن لانه
لا يودي الى الربوا فيضمن قدر النقصان بخلاف الاموال الربوية على
ما مر غير ان النقصان ان كان بفعل غير الغاصب فالمغصوب منه بالخيار
ان شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذي نقص وان شاء ضمن
الذي نقص وهو لا يرجع على احد لما قلنا ولو غصب عبدا فتمه الف
درهم فازداد في يد الغاصب حتى صارت قيمته الفين فقتله انسان
خطأ فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب الف درهم
وان شاء ضمن القاتل قيمته وقت القتل الفين لانه وجد سببا وجوب الضمان

الغصب والقتل والزيادة الحادثة في يد الغاصب غير مضمونة بالغصب
وهي مضمونة بالقتل لانه ضمن الغاصب الغاء والقاتل العين فان ضمن
القاتل فانه لا يرجع على احد وان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة
القاتل بالعين ويتصدق بالفضل على الالف واما الرجوع عليهم بالعين
فلانه ملك المغصوب بالضمان قبيل ان القتل ورد على عبد الغاصب
فيضمن قيمته واما التصدق بالفضل على الالف فتمكن الخبث فيه لا
خبث الملك وينبغي ان يكون هذا على اصل ابي حنيفة ظاهر فاما على اصل
ابي يوسف فالفضل طيب له ولا يلزمه التصدق به وان قتله الغاصب
بعد الزيادة خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب الف
درهم وان شاء ضمن عاقلته قيمته يوم القتل الفي درهم وهو الصحيح
بخلاف المغصوب اذا كان حيوانا سوى بني ادم فقتله الغاصب بعد الزيادة
انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب بالف درهم عند ابي حنيفة
وقد بينا له الفرق بينهما فيما تقدم ولو قتل العبد نفسه في
يدي الغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب
الفا كذا هذا ولو كانت الزيادة ولدا فقتلت الجارية ولدها ثم ماتت
فعلى الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس عليه ضمان الولد
لان قتلهما ولدها هدر لا حكم له فالتحق بالعدم كانه ما ان حتى انفذ
فيملك امانه وبقيت الام مضمونة بالغصب ولو اودع رجلان رجلا كل
واحد منهما الف درهم فخلط المستودع احد الالفين بالاخر خلطا لا يتميز
ضمن لكل واحد منهما الفا وملك المخلوط في قول ابي حنيفة لان الخلط
وقع اتلافا عنده وعند ابي يوسف ومحمد هما بالخيار بين ان يأخذ الملك
ويتسامحا ذلك بينهما وبين ان يضمناه والمسئلة مرت في كتاب الوديعة
ثم قال محمد ولا يسع المودع اكل هذه الدراهم حتى يودي منها الى صاحبها
وهذا صحيح لا خلاف فيه لان عندهما لم ينقطع حق المالك وعند ابي حنيفة
ان انقطع وسبب الملك للمستودع لكن فيه خبث فيمنع من التصرف فيه

حتى يرضي صاحبه ولو ان رجلا له كرا ان اغتصب رجلا احدهما او سوقه ثم
ان المالك اودع الغاصب او السارق ذلك الاخر فخلطه بكر المغصب ثم ضاع
ذلك كله ضمن كرا الغصب ولم يضمن كرا الوديعة بسبب الخلط لانه خلط
ملكه بملكه وليس ذلك باستهلاك فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط و
بقي اكر الضمون وكر الامانة في يده في حالتهما فصار كانهما ملكا قبل الخلط
ولو خلط الغاصب دراهم المغصوب بدراهم نفسه خطا لا يتميز ضمن مثلها
وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلطه وان مات كان ذلك بجميع العزما و
المغصوب منه اسوة الغرما لانه زال ملكه عنها وصار ملكا للغاصب
ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو
شريك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باستهلاك
فصار كالو تلفت بنفسها وصار شريكين لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز
والله اعلم ولو صب ماء في طعام في يد انسان فافسده وزاد في كيله فعلى صاحب
الطعام ان يضمنه قيمته قبل ان يصب فيه الماء وليس له ان يضمنه
طعاما مثله ولا يجوز له ان يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب
ماء في رهن او وديعة لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المبلول والرهن
المصبوب فيه الماء لانه لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل كيل الطعام
قبل الصب الى فيه لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب فعليه
مثله والله اعلم ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمن وقال الشافعي ان طار من فوره ذلك
ضمن وان مكث ساعة ثم طار لم يضمن وجه قول محمد ان فتح باب القفص
وقع اتلافا للطير سببا لان الطير ان للطير طبع له فالظاهر انه
يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتلافا له تسببا فيوجب الضمان كما
اذا شق زق انسان فيه رهن مائع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعي
ايضا لانه يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطيران لعذر فلا مضافا الى
الفتح بل الى اختياره فلا يجب الضمان وجه قولهما ان الفتح ليس باتلاف

مباشرة

مباشرة ولا تسببا اما المباشرة فظاهرة لانتفاء اما التسبب فلان الطير
مختار في الطيران لانه حي وله حس له اختيار فكان الطيران مضافا اليه
اختياره والفتح سببا محضا فلا حكم له كما اذا ألقى رخل العبد عن عبد انسان
حتى ابق انه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هنا بخلاف شق الزق الذي فيه
دهن مائع لان المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الامتساك عند
عدم المانع الا على تقض العادة فكان الفتح سببا للتلف فيجب الضمان
وعلى هذا الخلاف اذا حل رباط الدابة او فتح باب الاصطبل حتى خرجت
الدابة وطلت وقالوا اذا حل رباط الزيت انه ان كان دابيا فسال ضمن
وان كان السمن جامدا فذاب بالشمس وسال لم يضمن لما ذكرنا ان
المائع سيال بطبعه اذا وجد منفذا بحيث يستحيل امتساكه عادة
فكان حل الرباط اتلافا له سببا فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان
السيلان لصبع المائع لا لصبع الجامد وهو ان صار مائعا لكن لا بصنعه
بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافا اليه لا مباشرة ولا تسببا
فلا يضمن والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبيا صغيرا احرا
من اهله فعقره سبع او نهشته حية او وقع في بير او من سطح فمات
ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسببا
لانه كان محفوظا وليه اذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فاذا افوت
حفظ الاهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى اصابته افة فقد ضيعه فكان
ذلك منه اتلافا سببيا والخمر ان لم يكن مضمونا بالغصب يكون مضمونا
بالاتلاف مباشرة كان او تسببا ولو قتله انسان خطأ في يد الغاصب
للاولياء ان يسعوا ايهما شاؤا والغاصب او القاتل اما القاتل فلوجود
الاتلاف منه مباشرة واما الغاصب فلوجود الاتلاف منه تسببا لتنزل
منزلة المباشرة في وجوب الضمان كحفر البير على قارعة الطريق والشهادة
على القتل حتى لو رجع شهود القصاص ضمنوا فان ألزموا القاتل لا يرجع
على احد وان ألزموا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لان الغاصب

باداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان وان تعذر ان يقوم مقامه في حق ملك المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر في يده واختار المولى تضمين الغاصب يرجع بالضمان على القاتل واذا لم يملك نفس المدبر باداء القيمة كذا هذا ولذلك لو وقع عليه حائط انسان فالغاصب منه من ويرجع على عاقلة صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لما قتلنا ولو قتله انسان في يد الغاصب عمدا فاولياؤه بالخيار ان شاؤا قتلوا القاتل وبرئ الغاصب وان شاؤا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدا ولا يكون لهم القصاص اما ولاية الاقتصاص من القاتل فلوجود القتل العمد الخالي عن الموانع واما ولاية اتباع الغاصب بالدية فلوجود الاتلاف منه تسببا على ما بينا فان قتلوا القاتل برئ الغاصب لانه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وان اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته يرجع عاقلته في مال القاتل ولا يكون لهم ان يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصر ملكا لهم باداء الضمان اذ هو لا يحتمل التمليك فلم يقم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص فسقط القصاص وتقلب ما لا والمال محل للتمليك فجاز ان يقوم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص ولو قتل الصبي انسانا في يد الغاصب فرده على الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم ان يرجعوا على الغاصب بشيء لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغصب انما يصير متلفا اياه تسبيبا بجنايته على غيره عليه لا بجنايته على غيره ولو قتل الصبي نفسه او اتى على شيء من نفسه من اليد والرجل وما اشبه ذلك او اركبه الغاصب دابة فاتلف نفسه سقط عند ابي يوسف وعند محمد لا يسقط وجه قول محمد ان فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كانه مات حتف انفه او سقطت يده بآفة سماوية ولو كان كذلك لا ضمان عليه كذا هذا ولابي يوسف انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون بالغصب فكذا الواجب على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا وجه قول ابي يوسف ان الحر ان لم يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالاتلاف

مباشرة

٥٩٢

مباشرة او تسبيبا او قد وجد التسبب من الغاصب حيث ترك حفظه من اسباب الهلاك في الحالين جميعا فكان متلفا اياه تسبيبا فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا يتعدى فلا يمكنه ايجاب شيء على العاقلة والله اعلم ولو غصب مدبرا فمات في يده ضمن بالاجماع ولو غصب ام ولد فماتت في يده عند ابي حنيفة لم يضمن وقد ذكرنا المسئلة في موضعها ولو ماتت في يده بآفة على الوجه الذي بينا لا يضمن في الصبي الحر فان الغاصب يغرم قيمتها حالة في ماله لوجود الاتلاف منه تسببا وام الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبي الحر ام الولد اولى

فصل واما شرائط وجوب هذا الضمان فضمان ان يكون التلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا هذا في كتاب البيوع وسنها ان يكون متقوما فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان التلف مسلما او ذميا لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم ولو اتلف مسلم او ذمي على ذمي هذا او خنزيرا يضمن عندنا خلافا للشافعي والدلائل مرت في مسائل الغصب ولو اتلف ذمي على ذمي هذا او خنزيرا ثم اسلما او اسلم احدهما اما في الخنزير لا يبرأ المتلف عن الضمان للذمي لزمه سواء اسلم الطالب او المطلوب او اسلما جميعا لان الواجب باتلاف الخنزير والقيمة واعدادهم او دنانير والاسلام لا يمنع من قبض الدراهم والدنانير واما في الخمر فان اسلما جميعا او اسلم احدهما وهو الطالب المتلف عليه برئ ذمة المطلوب وهو المتلف وسقط عنه الخمر بالاجماع ولو اسلم المطلوب اولا ثم اسلم الطالب او لم يسلم في قول ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة يبرأ المطلوب من الخمر ولا يتحول الى القيمة كما لو اسلم الطالب وعند محمد وزفر وعافيه القاضي وهو رواية عن ابي حنيفة لا يبرأ المطلوب ويتحول ما عليه من الخمر الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام

انه يضمن قيمتها للذمي فكذا اذا اتلف لهما الاسلام وقد ذكرنا المسئلة في كتاب
البيوع وكوكسر على انسان بربطا اوطبلا يضمن قيمته حشبا منحوتا عند
ابي حنيفة وذكر في المنتقى حشبا الواحا وعند ابي يوسف ومحمد لا يضمن
وجه قولهما ان هذا آلة اللهو والفساد فلم يكن متقوما كالخمر ولابي حنيفة
ان كما لا يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه اخر فكان مالا
متقوما من ذلك الوجه وكذلك لو اراق لانسان مسكرا له او منصفا
هو على هذا الاختلاف والمسئلة قد ذكرنا ها في كتاب البيوع ولو احرق بابا
منحوتا عليه تماثيل متقوش ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لانه
لا قيمة لنقش التماثيل لان نقشها محظور وان كان صاحبه قطع رؤس
التماثيل ضمن قيمته متقوشا لانه لا يكون ثمنا لابل اراس الاثر على انه
للبيت محظور فكان النقش متقوما ولو احرق بساطا فيه تماثيل
رجال ضمن قيمته متصورا لان التمثال على البساط للبيت محظور
ولان البساط يوطأ فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا متصورا ضمن
قيمة البيت والصبغ غير مضمون لان الصورة على البيت لا قيمة لها
فاما الصبغ فمتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية
لان الغنا لا قيمة له لانه محظور هذا اذا كان الغنا زيادة في الجارية
فاما اذا كان نقصانا فيها فانه يضمن قدر قيمتها وعلى هذا يخرج المباح
التي ليست بمملوكة لاحد انها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها
اذ التقوم ينبني عن الندب والحظر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والايسلا
واما المباح المملوك وهو مال الحربي فلا يجب الضمان باتلافه ايضا
وان كان متقوما لتقيد شرط اخر نذكره ان شاء الله تعالى وان شئت قلت
وسببه ان يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التي لا
يملكها احد والتخريج على شرط التقوم اصح لان كون الشئ مملوكا
في نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالا
تلاف وليس بمملوك اصلا ارض بين شريكين زرعها احدهما فنبت ضيا
على ان يعطي الذي لم يزرع نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا

يخلوا اما ان كان الزرع نبت واما ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان
هذا بيع المشيش بالحنطة وانه جايز وان كان لم ينبت لم يجز لانه لا
يدري ما بقي تحت الارض مما تلف مع ان ذلك للبين مما لا متقوم فلا يجوز
بيعه فان نبت الزرع وطلب الذي لم يزرع الحصة تسلم وامر الذي
زرع ان يقلع ما في نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بتسلكه
فيجبر على تفريغه وتضمينه نقصان الزراعة والله اعلم ومنها ان
يكون المتلف من اهل وجوب الضمان عليها حتى لو اتلفت بهيمة مال انسان
لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدرا ولا اتلاف من مالكها
فلا يجب الضمان عليه ومنها ان يكون في الوجوب فايدة فلا ضمان
على المسلم باتلاف مال الحربي ولا على الحربي باتلاف مال المسلم في دار الحرب
وكذا لا ضمان على العادل اذا اتلف مال الباغي ولا على الباغي اذا اتلف مال
العادل لانه لا فايدة في الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام
الولاية فاما العصمة فليست بشرط لوجوب الضمان المال الا ان الصبي
ماخوذ بضمان الاتلاف وان لم تثبت عصمة المتلف في حقه وكذا يجب
الضمان بتناول مال الانسان حال المخمصة واباحة التناول ولذا
كسر الات الملاهي مباح وهي مضمونة باتلاف عند ابي حنيفة ولا يلزم
اذا اتلف مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس
لعدم العصمة بل لعدم الفايدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان
يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله اعلم وكذلك العلم بكون المتلف ملك
غيره ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو اتلف مالا على ظن انه ملكه
ثم تبين انه ملك غيره ضمن لان الاتلاف امر حقيقي لا يتوقف وجوده على
العلم كالغصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن
ولا يأثم لان الخطا موضوع المواخذة شرعا لما ذكرنا في مسائل الغصب والله
اعلم واما بيان ما يجب الضمان الواجب باتلاف ما سوى بني آدم فالواجب
فيما هو الواجب بالغصب وهو ضمان المثل ان كان المتلف مما له مثل وضمان

وعند ابي يوسف ومحمد يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز وحد قولهما ان الداخل لما تناول صاحبه فقد اقام يد صاحبه مقام يده فكأنه خرج والمال في يده وجه قول ابي حنيفة على نحو ما ذكرنا في المسئلة المتقدمة ان السبيل المتقدم الذي لا سبيل الى ايجاب القطع على الخارج لانعدام فعل السرقة عنده وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لانعدام ثبوت يده عليه بيد غيره فانه في حكم يده فكأنه خرج بنفسه حقيقة وان كان الخارج ادخل يده في الحرز فاخذ من يد الداخل فلا يقطع على واحد منهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اقطعهما جميعا اما عدم وجوب القطع على الداخل على اصل ابي حنيفة فلعدم الاخراج من الحرز حقيقة اذ لم يخرج يده وتناول صاحبه عدم الاخراج اولى والوجوب عليه على اصل ابي يوسف لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة واما الكلام في الخارج فنشير على سبيل اجمالي وهو ان السارق اذا نقب منزلا وادخل يده فيه واخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير انه لا يقطع ولم يحك خلافا وقال ابو يوسف في الاملاء يقطع ولا ابالي دخل الحرز او لم يدخل وعلى هذا الخلاف اذا نقب ودخل وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وادخل يده فدفع وجه قوله ان الركن في السرقة وهو الاخذ من الحرز قد ما الدخول في الحرز فليس بركن الا ترى انه لو ادخل يده في الصندوق او في الجوالق واخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول ولهما ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اذا اخذ اللص طريقا لم يقطع قيل وكيف يكون طريقا قال يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها ولم يتقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لان به يتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول متعذر فكان الاخذ باد خال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع ولو اخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من

الى ان كان مما لا مثل له لان ضمان الاتلاف ضمان اعتداء او الاعتداء لم يتشرع الا بالمثل فعند الاعدام يجب المثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما في الغصب والله اعلم

السرقة

محتاج لمعرفة السرقة الى معرفة

مسائل

ركن السرقة الى معرفة شرائط الركن والى معرفة ما تظهر به السرقة عند القاضي والى معرفة حكم السرقة اما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تعالى الا من استرق السمع سمي اخذ السمع على وجه الاستخفاء استراقا ولهذا سمي الاخذ على سبيل المجاهرة مغالبة او عنبه وخلسة غصبا واختلاسا لا سرقة وروي عن علي رضي الله عنه انه سئل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدغارة لا شيء فيهما وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على خائن ولا منتهب ولا خائن ثم الاخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبيب اما المباشرة فهو ان يتولى السارق اخذ المتاع واخراجه من الحرز قبل ان يخرج فلا قطع عليه لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان ربي به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل ان يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لانه ليست ثباتة عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج واخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع وروي عن زفر انه لا يقطع وجه قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا باخراج منه والرمي ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس اخذا من الحرز فلا يكون سرقة ولنا ان المال في حكم يده ما لم يثبت عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمي اليه فلا قطع على واحد منهما اما الخارج فانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز واما الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه ولو تناول صاحبه منا وله من وراء الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند ابي حنيفة

وعند

من الدار لان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد الا تري انه
اذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الوديعة في هذا البيت فحفظها في
بيت آخر فضاعت لم يضمن وكذا اذا الان لانسان في دهليز الدار
فدخلها سارق من البيت لا يقطع وان لم يأذن له بدخول البيت دل
ان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم تكن الاخراج الي صحن
الدار اخراجا من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز الي البعض بمنزلة
النقل من رواية الي رواية اخري هذا اذا كانت الدار مع بيوتها لرجل
واحد فاما اذا كان كل منزل فيها لرجل فاخرج المتاع من البيت
الي الساحة يقطع لان كل بيت حرز علي حدة فكان الاخراج منه
اخراجا من الحرز وكذلك اذا كان في الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها
الي صحن الدار قطع لان كل مقصورة منها حرز علي حدة فان كان الاخراج
من بعضها اخراجا من الحرز بمنزلة الدور المختلفة في محلة واحدة ولو
نقب رجلان ودخل احدهما فاستخرج المتاع فاخرج به الي السكة حال
جميعا ينظران عرف الداخل منهما بعينه قطع لانه هو السارق لوجود
الاخذ والاخراج منه ويعزر الخارج لانه اعانه علي المعصية وهذه معصية
ليس فيها حد مقدر فيعزر وان لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد
منهما لان من عليه القطع مجهول ويعزران اما الخارج فلما ذكرنا واما
الداخل فلانه وان كان بدخوله هتك الحرز فيستوجب التعزير
ولو نقب بيت رجل ودخل عليه فكابره ليلا وسرق منه متاعه يقطع لانه
ان لم يوجد الاخذ علي سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس
لان اللصوص لا يجتمعون بالليل لكونه وقت نوم وغفلة فتحققت السرقة
والله اعلم واما النهب فهو ان يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل
رجل وياخذوا متاعه ويحملوه علي ظهر واحد ويخرجوه من المنزل فاما

القياس

القياس ان لا يقطع ان لا يقطع الا الحامل خاصة وهو قول زفر وفي الا
ستحسان يقطعون جميعا وجه القياس ان ركن السرقة لا يتم الا
بالاخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره له والحد
يجب علي المباشر لا علي المعين كحد الزنا والشرب وجه الاستحسان ان
الاخراج حصل من الكل معنى لان الحامل لا يقدر علي الاخراج الا باعانة
المارقين ويرصدهم للدفع فكان الاخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا
لحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي القياس كذا هذا ولان الحامل
حامل لهم فكانهم حملوا المتاع علي حمار وساقوه حتى اخرجوه من الحرز
ولان السارق لا يسرق وحده عادة بل مع اصحابه ومن عادة السراق
انهم كلهم لا يستغلون بالجمع والاخراج بل يرصد البعض فلو حصلا ذلك
ما نفاه من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة
وهذا لا يجوز ولهذا لحقت الاعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق
كذا هذا والله اعلم واما الشرائط فالواقع بعضها يرجع
الي السارق وبعضها يرجع الي المسروق منه وبعضها يرجع الي المسروق
منه وهو المكان اما ما يرجع الي السارق فاهليته وجوب القطع وهي
بالعقل والبلوغ فلا يقطع الصبي والمجنون لما روي عن رسول الله صلي
الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون
حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ اخبر ان القلم موضوع عنهما
وفي ايجاب القطع اجراء القلم عليهما وهذا خلاف النص ولان القطع عقوبة
تستدعي جناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا لم يجب عليهما
سائر الحدود كذا هذا ولضمانا السرقة لان الجناية ليست بشرط لوجوب
ضمان المال وان كان السارق عبدا موليا فاخذ احدي فان سرق في حال رقه
وهو مجنون لم يقطع وان سرق في حال الافاقة قطع ولو سرق جماعة فيهم
صبي او مجنون يدرأ عنهم القطع في قول ابي حنيفة وزفر واقول

ابو يوسف ان كان الصبي او المجنون هو الذي تولى اخراج المتاع دون غيرهم جميعا وان كان وليه غيرهما قطعوا جميعا الا الصبي والمجنون فوجه ذلك بالاصل فاذا لم يجب القطع بالاصل كيف يجب بالتابع واذا وليه عاقل بالغ فقد حصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الاصل وجه قول ابي حنيفة ان السرقة واحدة وقد حصلت ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه القطع فلا يجب القطع على احد كالعامد مع الخاطئ اذا اشتركا في القطع او في القتل وقوله الاخراج اصل في السرقة مسلم ولكنه حصل من الكل معنى الاتحاد الكل في معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان اخراج غير الصبي والمجنون كاخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم شريك المسروق منه انه لا قطع على احد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يدرأ عن ذي الرحم ويجب على الاجنبي ولا خلاف في انه اذا كان فيهم شريك المسروق منه انه لا قطع على احد واما الذي رواه فليست بشرط لثبوت الاهلية فنقطع الابق لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكذا الحربي فيقطع العبد والامة والمدبر والمكاتب ولم الولد لهما الاية ولستوي الابق وغيره لما قلنا وذكر في الموطا ان عبد الله عبد الله بن عمر رضي الله عنهما سرق وهو ابق فبعث به عبد الله الى سعيد بن العاص ليقطع يده فابى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطع يد الابق اذا سرق فقال عبد الله في اي كتاب الله وجدت هذا ان العبد الابق اذا سرق لا تقطع يده فامر به عبد الله فقطعت يده ولان الذكورة والحرية ليستا من شرائط سائر الحدود فكذا هنا الحد وكذا اسلام السارق ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم اية السرقة واما ما يرجع الى المسروق فانواع منها ان يكون مالا متقوما لا قصور في ماليته ولا شبهة وهو ان يكون

مما يتموله الناس ويعدونه مالا مالا ان ذلك ليتمول بذله وخطره عندهم ومالا يتموله فهو تافه حقير وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وهذا منها بيان شرع مستقر ولان التافه محل في الحرز لان التافه لا يحرز عادة اولا يحرز احراز الخطير والحرز المطلق شرط على ما يذكر وكذا خل في الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء لان اخذ التافه مما لا يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة في الركن والشبهة في باب الحدود ملحقة بالحقيقة و خرج على هذا مسايل اذا سرق صبيا حرا لا يقطع لان الحر ليس بمال ولو سرق صبيا عبدا لا يتكلم ولا يعقل يقطع في قول ابي حنيفة وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع ووجهه ان العبد ليس بمال محض لهو مال من وجه ادمي من وجه فكان محل السرقة من وجه دون وجه فلا يثبت المحلية بالشك فلا تقطع كالصبي العاقل ولنا ان له مالا من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا بد له على نفسه فيتحقق ركن السرقة فيه كالبهيمة وكونه ادميا لا يبقى كونه مالا فهو ادمي من كل وجه ومال من كل وجه لعدم التنافي فيتمكن القطع بسرقته من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه في يد نفسه فلا يتصور ثبوت يد غيره عليه للتنافي فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة او دما او جلد ميتة لم يقطع لعدم المالية ولا يقطع في النبش والخشب والقصب والحطب لان الناس لا يتمولون هذه الاشياء ولا يخصون بها لعدم خطرها وقلة خطرها عندهم بل يعدون الخضه لعدم خطرها وقلة حضرها عندهم بل يعدون الخضه مما من باب الحشا فكانت تافهة ولا قطع في التراب والطين والجص والنورة واللبن والآجر والفخار والزجاج لتفاهتها فرق بين التراب وبين الخشب حيث سوى

في التراب بين المحمول منه وغير المحمول وفرق في الخشب لان الصنعة في الخشب اخرجته عن حد التفاهة والصنعة في التراب لم تخرجه عن كونه تافها نعرف ذلك بالرجوع الى عرف القياس وعاداتهم ومن اصحابنا من فصل في الجواب في الزجاج بين المحمول وغير المحمول كما في الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو الصحيح لان الزجاج بالحمل لم يخرج عن حد التفاهة لانه يتسارع اليه الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع في الخشب الا اذا حمل لانه صنع منه الاواني ادامية او نحو ذلك مما خذا الساج والقنا والابنوس والعنبر لان غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافها وبالصنعة خرج عن حد التفاهة فاموالها خطيرة وخطر يخرج عن وحد فكانت اموالا مطلقة واما العاج فقد ذكر محمد انه لا يقطع الا في المحمول منه وقيل هذا الجواب في العاج الذي هو من عظم الفيل فلا يقطع الا في المحمول منه لانه لا يتمول لتفاهته ويقطع في المحمول لخروجه عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المحمول فاما ما هو من عظم السمك فلا قطع فيه اصلا سواء كان محمولا او غير محمول فان القوم اختلفوا في ماليته حتى حرم بعضهم بيعه والانتفاع به فاوجب ذلك قصورا في ماليته ولا قطع في قصب النشاب فان كان اتخذ منه نشابا قطع لما قلنا في الخشب ولا يقطع في القرون محمولة كانت او غير محمولة وقال ابو يوسف ان كانت محمولة وهي تساوي عشرة دراهم قطع قيل ان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع المسئلة على قول ابي حنيفة في قرون الميتة لانها ليست بمال مطلقا لاختلاف القوم في مالية وجواب ابي يوسف في قرون المذكى فلم يوجب القطع في غير المحمول منها لانها من اجزاء الحيوان واوجب في المحمول كما في الخشب المحمول وعن محمد في جلود السباع المذبوحة انه لا قطع فيها فان جعلت مصلاة او نسيرا قطع لان غير المحمول منها من اجزاء الصيد ولا قطع في الصيد فكذا في اجزائه وبالصنعة صارت شيئا اخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على ان محمدا رحمه الله لم يقيد بخلاف قول من يقول من القوم ان جلود السباع لا تحلهم

بالذكاة ولا بالدباغ ولا قطع في البواري لانها تافهة لتفاهة اصلها وهو القصب ولا قطع في سوقه كلب ولا فهد ولا في سرقة الملاهي من الطبل والدف والمزمار وغيرها لكن هذه الاشياء لا يتمول او في ما ليتها قصور الا ترى انه لا ضمان على كاسر الملاهي عند ابي يوسف ومحمد ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض القوم ولو سرق مصحفا او صحيفة فيها حديث او عربية او شعرا فلا قطع وقال ابو يوسف يقطع اذا كان يساوي عشرة دراهم لان الناس يدخرونها ويعدونها من نفائس الاموال ولنا ان المصحف يدخر لا للتمول بل للقراءة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به وكذلك صحيفة الحديث وصحائف الفرائض والشعر ليتصدى بها معرفة الامثال والحكم لا التمول واما دفاتر الحساب فشبيها القطع اذا اطلقت فيهما نصا بالان ما فيها لا يصلح مقصودا بالاخذ فكان المقصود هو قدر البياض من الكاغذ وكذلك الدفاتر البيض اذا اطلقت نصا بما قلنا وعلى هذا يخرج ما قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كل ما يوجد جنسه تافها مباحا في دار الاسلام فلا قطع فيه لان ما كان كذلك فلا خطر له ولا خطر فلا يتموله الناس فكان تافها والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة للذكر وعن ابي حنيفة انه لا قطع في عنص ولا اهليج ولا اسنان ولا فحم لان هذه الاشياء مباحة الجنس في دار الاسلام وهي تافهة وروي عن ابي يوسف انه يقطع في العنص والاهليج والاسنان ولا قطع في طير ولا صيد وحشيا كان او غيره لان الطير لا يتمول عادة وقد روي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما انهما قالا لا قطع في الطير ولا نقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا وكذلك ما علم من الجوارح فصار صيودا فلا قطع على سارقه لانه وان علم فلا يعد مالا وعلى هذا يخرج الفواش انه لا يقطع فيما اخذ من القبور في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطع وجه قوله ان اخذ مالا من حرز مثله فيقطع كما لو اخذ من البيت ولهما ان الكفن ليس بمال لانه لا يتمول عادة لان الطماع السليم تنفر عنه استدل النقار فكان تافها

سبعة

ولئن كان مالا في ماليته قصورا لانه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحلي والقصوى
فوق الشبهة ثم الشبهة تمنع وجوب الحد فالقصور اولى وقد روي عن الزهري
رحمه الله قال اخذ سارق في زمن مروان بالمدينة فاجمع اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم وهم متوافرون انه لا قطع عليه وعلى هذا يخرج
سرقة ما لا يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة الى سنة مل يتنازع اليه الفساد
انه لا قطع فيه لان ما لا يحتمل الادخار لا يعد مالا فلا قطع في سرقة الطعام
الرطب والبقول والفواكه الرطبة في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يقطع وجه قوله ان كل ما يمتنع به حقيقة معاج الانتفاع به شرعا على الاطلاق
فكان مالا فيقطع كما في سائر الاموال ولهما ان هذه الاشياء مما لا يتمول عادة
وان كانت صالحة للانتفاع بها في الحال لانه لا يحتمل الادخار والامساك الى
زمان حد وتلفوا جح في المستقبل فقل خطرها عند الناس فكانت ناقصة
ولو سرق ثمرا من نخل او شجرا خر معلقا فيه فلا قطع فيه وان كان عليه حايط
استوثقوا منه واحرزوه او هناك حايط لان ما على راس النخل لا يعد مالا
ولانه ما دام على راس الشجر لا يستحكم حفافه فيتسارع اليه الفساد وقد
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر قال محمد
الثمر ما كان في الشجر والكثر الجمار فاذا كان قد وجد الثمر وحمله في جرين
ثم سرق فان كان قد استحكم حفافه قطع لانه حمار مالا مطلقا لانصاره مالا
مطلقا قابلا للادخار واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال لا قطع في
ثمر ولا كثر حتى يوويه الجرين فاذا اواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع
ولانه لا يوويه الجرين ما لم يستحكم حفافه لا يتسارع الفساد فكان مالا مطلقا
وكذلك الحنطة اذا كانت في سنبلها فهي بمنزلة الثمر المعلق في الشجر لان الحنطة
ما دامت في السنبل لا تعد مالا ولا يستحكم حفافها ايضا واما الفاكهة الياسة
التي تبقى من سنة الى سنة فالصحيح من الرواية عن ابي حنيفة انه يقطع
فيها لتمول الناس اياها لقبولها الادخار فانعدم معنى التفاهة المانعة
من وجوب القطع وروي عنه انه سوى بين رطبه الفاكهة ويابسها وليست

بصحيحة

بصحيحة ولو سرق من الحايط نخلة باصلها لا يقطع لانها اصل النخلة مما
لا يحمل فكان تافها وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في
ثمر ولا كثر وقيل في تفسير الكثر انه النخل الصغار ولا يقطع في الجنا والنو
شمة لانه لا يتسارع اليه الفساد فلم يحتمل معنى المالية ولا قطع في اللحم الطري
والصيد لانه يتسارع اليه الفساد وكذلك لا قطع في السمك طريا
كان او مالحا لان الناس لا يعدون ذلك مالا لتفاهته ولتسارع الفساد
اليه الطري منه ولما انه يوجد جنسه مباحا في دار الاسلام ولا قطع في
اللبن لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافها ويقطع في الخل والدبس
لعدم التفاهة الا ترى انه لا يتسارع اليهما الفساد ولا قطع في عصير
العنب ويتمر الزبيب ونبيذ التمر لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافها
كاللبن ولا قطع في الطلا وهو المثلث لانه مختلف فيه اما عند ابي حنيفة
كونه مالا فكان قاصرا في معنى المالية وكذلك المطبوخ او في لحمه من
تمر الزبيب ونبيذ التمر لاحتمال ان التفاهة في اباحة شربه واما المطبوخ
او في لحمه من عصير العنب فلا شك انه لا قطع فيه لاحد زحام فلم يكن
مالا ويقطع في الذهب والفضة لانهما من اعز الاموال ولا تفاهة فيهما لوجه
وكذلك الجواهر واللآلي لما قلنا وبهذا تبين ان التمول في هذا الباب
في منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على اباحة الجنس
لان ذلك موجود في الذهب والفضة واللآلي والجواهر وقليلها وكثيرها ويقطع
في الحبوب كلها وفي الادهان والطيب كالعود والمسك وما اشبه ذلك لا
لعدام معنى التفاهة ويقطع في الكتان والصوف والخز وجلود ذلك ويقطع
في جميع الاواني من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك
لو سرق النحاس بنفسه والحديد بنفسه او الرصاص لعزة هذه الاشياء
خطرها في انفسها كالذهب والفضة ومنها ان يكون متقوما مطلقا فلا
يقطع في سرقة الخمر من مسلم سلبا كان السارق او ذميا لانه لا قيمة للخمر
في حق المسلم وكذا الذمي اذا سرق من ذمي خمرا او خنزيرا لا يقطع لانه

وان كان متقوما عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوما على الاطلاق ولا
يقطع في المباح الذي ليس بمملوك وان كان مالا لانعدام تقومه والله اعلم
ومنها ان يكون مملوكا في نفسه فلا يقطع في سائر المباحات التي لا يملكها
احد وان كانت من نفائس الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة
من معادنها لعدم المالك وعلى هذا ايضا خرج النباش على اصل ابي حنيفة
ومحمد انه لا يقطع لان الكفن ليس بمال بمملوك لانه لا يخلو اما ان يكون على
ملك الميت واما ان يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس
من اهل الملك ولا وجه للثاني لان ملك الوارث موخر عن حاجة الميت الى
الكفن كما هو موخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكا اصلا ومنها ان لا
يكون للسارق فيه ملك ولا تاويل الملك او شبهته لان المملوك او ما فيه قلة
وتاويل الملك او الشبهة لا تتحقق فيه الى مسامحة الاعين فلا يتحقق ركن
السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاستتار على الاطلاق ولان القطع
عقوبة السرقة قال الله تعالى في اية السرقة جزاء بما كسبا نكالا من الله فيشعر
كون الفعل جناية محضا واخذ المملوك للسارق فيه ملك ولا كتاويل لا يمنع
جناية اصلا فالاخذ بتاويل الملك او الشبهة لا يتحقق جناية فلا يوجب القطع
اذا عرف هذا فنقول لا قطع على من سرق ما اعاره من انسان او وجره منه
لان ملك الوقبة قايم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتهن لان ملك العين
له وانما الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير ولو كان الرهن في يد العدل فسرقه
المرتهن او الراهن فلا قطع على واحد منهما اما الراهن فلما ذكرنا ان ملكه
فلا يوجب القطع باخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب الحد عليه لوطيه الجارية
المرهونة وان منع من الوطي واما المرتهن فلان يد العدل يد من وجه لان
منفعة يده عايدة اليه لانه يمسكه لحقه فاشبه يد المودع وعلى من سرق مالا
شتركا بينه وبين المسروق منه لان المسروق كلها على الشيوع فكان
بعض المأخوذ ملكه ولا يجب القطع باخذه فلا يجب باخذ الباقي لان السرقة
سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال والخمس لان له فيه ملكا وحقا

ولو

ولو سرق من عبده المأذون له ان لم يكن عليه دين فلا قطع لان كسبه خالص ملك ٥٩٩
المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما في يده لا يقطع ايضا اما على اصل ابي
يوسف ومحمد فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى اصل ابي حنيفة ان لم يكن
ملكه فله فيه حق لتعلق حاجة المولى الا ترى انه يملك استخدامه
لتفسد بقضاء دينه من مال اخر فكان في معنى الملك ولهذا لو كان الكسب
جارية لم يجز له ان يتزوجها فيورث شبهة او يقول اذا لم يملكه المولى ولا
المأذون يملكه ايضا لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء والعزما لا يملكونه
فبقي مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بخلاف كمال بيت المال وكمال
الغنيمة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسب مكاتبه ملكه من وجه او
فيه شبهة الملك له الا ترى انه لو كان جارية لا يحل له ان يتزوجها والملك
من وجه او شبهة الملك يمنع وجوب القطع مما ان هذا ملك موقوف
على المكاتب وعلى مولاه في الحقيقة لانه ادى تبين انه كان ملك المولى
فتبين انه اخذ مال نفسه وان عجز فرد في الرق تبين انه كان ملك
المكاتب فكان الملك موقوفا للحال فيوجب شبهة فلا يجب القطع كاحد
المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا قطع على من سرق من ولده ان
له في مال ولده تاويل الملك او شبهة الملك لقوله عليه السلام انت ومالك
لابيك فظاهر الاضافة اليه بلام التمليك يقتضي ثبوت الملك له من كل
وجه الا انه لم يثبت له لدليل ولا دليل في الملك من وجه فيثبت او يثبت شبهة
الملك وكذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة في وجوبه واما السرقة
من سايوذي الرحم المحرم فلا توجب القطع ايضا لكن لفقد شرط اخر وهو
في موضعه ان شاء الله تعالى ولو دخل لص دار رجل فاخذ ثوبا فشقه
في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم ستة فانه يقطع
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع ولو اخذ شاة فذبحها
ثم اخرجها مذبوحة لا تقطع بالاجماع وجه قوله ان السارق وجد منه سبب
ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان ذلك سبب لوجوب الضمان وهو

الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب على اصل اصحابنا
وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع الدائن المسروق شاة فذبحها
ثم اخرجها كذا هذا ولهما ان السرقة تمت في السروق منه فيوجب القطع
وانما قلنا ذلك لان الثوب المسروق لا يزول عن ملكه ما دام محتارا للعين وانما
يزول عند اختيار الضمان قبل الاختيار كان الثوب على ملكه فصار سارقا
ثوبين قيمتهما عشرة دراهم فيقطع وهكذا يقول في السرقة ان السرقة
تمت في ملك المسروق الا انها تمت في الحجر وقوله وجب الضمان عليه بالشق
قلنا قبل الاختيار ممنوع واذا اختار تضمين السارق ولو سلم الثوب
اليه ولا يقطع لان عند اختيار الضمان ملكه من حين وجود الشق فيتبين
انه اخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وكتب عن الفقيه ابي جعفر
الهندواني انه قال موضوع المسئلة انه شق الثوب عرضا فاما لو شقه
طولا فلا قطع لانه بالشق طولا خرقه خرقا متفاحشا فيملكه بالضمان
وذكر في سماعة ان السارق اذا خرق الثوب خرقا يستملكها وقيمته بعد
الخرق عشرة انه لا قطع عليه في قول ابي حنيفة ومحمد وهذا يؤيد قول
الفقيه ابي جعفر رحمه الله لان التخريق اذا وقع استملاكا كان اوجب استقرار
الضمان وذلك يوجب ملك المضمون واذا لم يقع استملاكا كان وجوب الضمان
فيه موقوفا على اختيار المالك فلا يجب قبل الاختيار فلا يملك المضمون
والله اعلم وعلى هذا اخرج ما اذا سرق عشرة دراهم من غريم له عليه
عشرة انه لا يقطع لانه ملك المأخوذ بنفس الاخذ فصار قصاصا بحقه
فلم يبق في هذا المال معنى السرقة ولو كان المسروق من خلاف جنس حقه
يقطع لانه لا يملكه بنفس الاخذ بل بالاستدلال والبيع فكان سارقا لملك
غيره فيقطع كالاجنبي الا اذا قال اخذته لاجل حقي على ما ذكرنا وهاهنا
جنس من المسائل نخرجها ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون محصنا للسارق
فيه حق الاخذ ولا تاويل الاخذ ولا شبهة لتناول لان القطع عقوبة

محصنة

محضة واخذ عين المغصوب لا يكون حقا له اصلا وما فيه التناول او شبهة
التناول لا يكون حقا محضا فلا تناسب المغصوب المحضة ولان ما ليس
بمضمون يوخذ بجهة لا محالة فيتمكن الخلل في ركن السرقة واذا
عرف هذا فنقول والله الموفق لا قطع في سائر المباحات التي لا يملكها
احد ولا في المباح المملوك وهو مال الحربي في دار الحرب واما مال الحربي
المستامن في دار الاسلام فلا قطع فيه استحسانا والقياس ان يقطع وجه
القياس انه سرق مالا معصوما لان الحربي باستئناف العصمة بالامان
بمنزلة الذمي ولهذا كان مضمونا بالاتلاف كمال الذمي وجه الاستحسان
ان هذا مال فيه شبهة الاباحة لان الحربي المستامن من اهل دار الحرب
وانما دخل دار الاسلام فيقضي بعض حوائجه ثم يعود عن قريب لكونه من
اهل دار الحرب يورث شبهة الاباحة في مال ولهذا اورث شبهة الا
باحة في دمه حتى لا يقتل به المؤمن قصاصا ولانه كان مباحا وانما ثبت
العصمة بعارض امان هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر ان العصمة
لم تكن على الاصل المعهود ان كل عارض على اصل اذا زال يلتحق بالعدم
من الاصل كانه لم يكن فيجعل كان العصمة لم تكن ثابتة بخلاف الذمي
لانه من اهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بامان مؤبد فكان
معصوما بالدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الاباحة وبخلاف
ضمان المال لان الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المال لانه حق العبد و
حقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذلك لا قطع على الحربي المستامن في
سرقة مال المسلم والذمي عند ابي حنيفة ومحمد لانه اخذه على اعتقاد الا
باحة وكذا لا يلتزم احكام الاسلام وعند ابي يوسف يقطع والخلاف فيه
كالخلاف في حد الزنا ولا يقطع العادل في سرقة مال الباغي لان ماله
ليس بمعصوم في حقه لتنسه ولا الباغي في سرقة مال العادل لانه اخذ
عن تاويل وتاويله وان كان فاسدا لكن التاويل الفاسد عند انضمام
المنعة اليه ملحق بالتاويل الصحيح في منع وجوب القطع ولهذا لا تجب

في حق منع وجوب القصاص والحد والله اعلم وعلى هذا خرج المسروق
من المغنم وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما اذا كان سرق منه اقل من نصاب
فان تعرف جنس حقه بان سرق منه عشرة وله عليه عشرة فان كان دينه
عليه لا يقطع لان الاخذ مباح لانه لا ظفر بجنس حقه ومن له الحق اذا ظفر بجنس
حقه يباح له اخذه واذا اخذه يصير مستوفيا حقه وكذلك اذا سرق منه
اكثر من مقدار حقه لان بعض المأخوذ حقه بالشيوع ولا قطع فيه كذا في البناية
كما اذا سرق مالا مشتركا وان كان دينه موجلا فالقياس ان يقطع في الاستحسان
لا يقطع وجه القياس ان الدين اذا كان موجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول
الدين لان تأثير التأجيل في تأخير المطالبة لا في سقوط الدين فقيام سبب
ثبوته لدوران السبب وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه دراهم فسرق
منه دنانير او عروضا قطع هكذا اطلق الكرخي وذكر في كتاب السرقة
انه اذا سرق العروض ثم قال اخذت لاجل حقي لا يقطع فيحمل مطلق قوله
الكرخي على المقيد وسواء اذا سرق ولم يقل اخذ لاجل حقي لانه اذا لم يقل
فقد اخذ مالا ليس له حق اخذه الا ترى انه لا يصير قصاصا الا بالاستيفاء
والتراضي ولم يتناول الاخذ بهذا فان اخذه بغير حق ولا شبهة الحق و
لهذا يبدل انه لا يحل خلافا لمن يقول من المتقدمين ان لصاحب الحق اذا
ظفر بجنس حقه ان يأخذه لانه قد لم يقبل احد من السلف فلا يعتبر
خلافا مؤرثا للشبهة واذا قال اخذت لاجل حقي فقد اخذه منا ولا لانه
اعتبر المعنى وهو المالية لا الصورة والاموال كلها في معنى المالية بنجانسة
فكان اخذا من تأويل فلا يقطع ولو اخذ صنفا من الدراهم اجود من حقه
او رديء لم يقطع لانه المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالفه
من حيث الوصف الا ترى انه لو رضي به يصير مستوفيا حقه ولا يكون
مستبدلا حتى يجوز في الصرف والسلم مع ان الاستبدال بدل الصرف
والسلم لا يجوز واذا كان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل يثبت

شبهة

ستحمة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة في باب الحد كما في الدين الموجل ولو ٦٠١
سرق حليا من فضة وعليه دراهم او حليا من ذهب وعليه دنانير
يقطع لانه هذا لا يصير قصاصا لمن حقه الا بالمراضاة ويكون ذلك بيعا
واستبدالا فاشبه العروض وان كان السارق قد استهلك العروض او الحلي
الذي وجبت عليه قيمته وهو مثل الذي عليه من العين فانه هنا يقطع ايضا
لان المقاصة انما تقع بعد الاستهلاك فلا توجب سقوط القطع ولو سرق
مكاتب او عبد من عزيم مولاه يقطع لانه ليس له حق قبضه دين المولى
من غير امره فصار كالاجنبي حتى لو كان المولى وكل بقبض العين لا يقطع لثبوت
حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب الدين ولو سرق من عزيم مكاتبه
او من عزيم عبده المأذون وقد كان لم يكن على العبد دين لم يقطع لان ذلك ملك
مولاه فكان له حق اخذ وان كان عليه دين قطع لانه ليس له حق القبض ٦٠٢
فصار كالاجنبي ولو سرق من عزيم ابيه وولده يقطع لانه لا حق له ولا
في قبضه الا اذا كان عزيم ولده الصغير فلا يقطع لان حق القبض له //
كما في دين النفقة والله اعلم وعلى هذا يخرج سرقة الحصد على اصل
ابي حنيفة انه لا قطع فيه لانه تأويل الاخذ اذا كان الناس لا يمنعون
بدل الصاحف لتراث العادة واخذه الا خذ منها ولا كذلك سرقة
الطنبور والطبل والمزمار وجميع الآلات الملاهي لان اخذها يتأول
انه يأخذها منع الملاك عن المعصية وتنهيه عن المنكر وذلك مأمور به
شرعا وكذلك سرقة سطرنج ذهب او فضة لما قلنا وكذلك سرقة
صليب لوثن من فضة من حرز لانه يتأول انه اخذه للتكسر واما الدراهم
التي عليها التماثيل فيقطع فيها لانه لا يعبد عادة فلا تأويل لهذا الاخذ
للمنع من العبادة فيقطع وعلى هذا يخرج ما اذا قطع سارق في مال ثم
سرقه منه سارق اخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم في حق
السروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقومه في حقه
بالقطع ولان كون المسروق متقوما صحيحة شرط وجوب القطع وقد

ويد السارق ليست يدا صحيحة لما ذكرنا ان شاء الله تعالى ولو سرق مالا
فقطع فيه فرده الى المالك ثم عاد فسرق منه ثانيا فجملة الكلام فيه ان
الرد ود لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان احدث المالك فيه ما
يوجب تغيرا فان كان على حاله لم يقطع استحسانا والقياس ان يقطع
وهو رواية الحسن عن ابي يوسف وبه اخذ الشافعي واما الكلام مع الشا
فمبني على ان العصمة الثابتة للمسروق حقا للعبد قد سقطت عند
السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على اصلنا ولم اصلها لم يسقط
بل بقيت على ملكانت وسنذكر تقرير هذا الاصل ان شاء الله تعالى
واما الكلام مع ابي يوسف وجه ما روي ان المحل اذا سقطت عصمته
الثابتة حقا للمالك في السرقة الاولى فقد عادت بالرد الى المالك لانه
انما عادت في حق الضمان حتى لو اتلفه السارق يضمن فكذا في
حق القطع ولنا ان العصمة وان عادت بالرد الى المالك الا انها عادت
في حق الضمان حتى لو اتلفه السارق يضمن فكذا في حق القطع ولنا ان
العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم لان السقوط لضرورة
وجوب القطع واثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة وانه
يسقط لتقوم المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة الاولى الا ترى
انه لو اتلفه لا يضمن ولو اثر القطع بعد الرد قائم فيورث شبهة في العصمة
ولانه سقط لتقوم المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة الاولى الا
ترى انه لو اتلفه لا يضمن واثر القطع بعد الرد قائم فيورث شبهة عدم
التقوم في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان
لا يسقط بالشبهة لما بينا هذا اذا كان المرود على حاله لم يتغير فاما اذا
احدث المالك فيه حدثا يوجب تغيره عن حاله ثم سرقه السارق الاول فلا
لا صل فيه انه لو فعل فيه ما لو فعله الغاصب في المغصوب لا وجب انقطاع
حق المالك يقطع والا فلا لانه اذا فعله ذلك فقد تبدلت العين ويصير
في حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم تتبدل وعلى هذا يخرج ما اذا سرق مرارا

فقطع

فقطع فيه ورد الى المالك فسجد ثوبا فعاد فسرقه انه يقطع لان السروق
قد تبدل الا ترى انه لو كان مغصوبا لا يقطع حق المالك ولو سرق ثوب خز
فقطع فيه ورد الى المالك فيقصه سرق المنقص لم يقطع لان العين لم تتبدل
الا ترى انه لو فعله الغاصب لا يقطع حق المالك ولو نقصه المالك ثم عزله
عدلا ثم سرقه السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا يقطع
حق المغصوب منه فيبدل على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها ورد ها
على المالك فولدت ولدا ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها
فيقطع بسرقتها وعلى هذا يخرج جنس هذه المسايل والله اعلم ومنها ان يكون
محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا بالحرز والاصل في اعتبار
شرط الحرز ما روي في الموطا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في
ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فاذا اواه الجرين فعليه القطع علق القطع
بايواء الرواح والرواح حرز الابل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فيدل على
ان الحرز شرط ولان ركن السرقة هو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاخذ من
غير حرز لا يتحقق اذ الاستخفاء فلا يتحقق ركن السرقة لان القطع وجب لصيانة
الاموال على ارباب فقطعا لاجماع السارق عن اموال الناس والاطماع انما يمتد
الى ماله خطر في القلوب وغير المحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا يمتد الا طماع
اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع ولهذا لم يقطع بثمار وذ النصاب وما
ليس بمال متقوم محتمل الادخار ثم الحرز نوعان حرز بنفسه وحرز
بغيره اما الحرز بنفسه فكل بقعة معدة للاحراز ممنوعة الدخول فيها
الا باذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط والجرانين والصناديق
واما الحرز بغيره فكل مكان غير معد للاحراز يدخل اليه بلا اذن ولا يمنع منه
كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحرا اذا لم يكن هناك حافظ وان كان
هناك حافظ فهو حرز لهذا سمي حرزا بغيره حيث وقف صير ورته
حرزا على وجود غيره وهو الحافظ وما كان حرزا بنفسه لا يشترط فيه وجود
الحافظ لصير ورته حرزا ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم

بمنزلة واحدة وكل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه
لان النبي صلى الله عليه وسلم علق القطع بابراز المتاع والجريب من غير شرط
وجود الحافظ وروي ان صفوان كان نائما في المسجد متوسدا برداءه فسرق
سارق من تحت راسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز
بنفسه فدل ان كل واحد من نوعي الحرز معتبر بنفسه فاذا سرق من النوع
الاول يقطع سواء ثمة حافظا اولا لوجود الاخذ من الحرز وسواء كان مغلق
الباب اولا باب له لكن ان كان مجورا بالبنا لان البنا يقصد به الاحراز كالبيت
والخان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان الحافظ قريبا منه في مكان
يمكنه حفظه وحفظ في مثله السرق عادة وسواء كان الحافظ مستيقظا
في ذلك المكان او كان نائما لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين جميعا ولا
يمكن الاحتراز عن فعله فيه الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارق
صفوان وصفوان كان نائما ولو اذن لانسان بالدخول في دار فسرق الما
ذون له بالدخول شيأ منها لم يقطع وان كان فيها حافظ او كان صاحب المنزل
نائما عليه لان الدار حرز بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من ان تكون حرزا
بالاذن فلا اعتبار بوجود الحافظ لانه لما اذن له بالدخول فقد صار في حكم
اهل الدار فاذا اخذ شيأ فتوحا بين وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا قطع على خائن وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون
في دخولها وهو متقفل او من صندوق في الدار او من صندوق في بعض البيوت
وهو متقفل عليه اذا كان البيت من جملة الدار المأذون في دخولها لان الدار
الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن من ان تكون حرزا في حقه
فكذلك بيوتها وما روي ان اسودا لابن عند ابي بكر الصديق رضي الله عنه
سرق حليا لهم فيحتمل ان يكون سرق من دار السما لا من دار الرجال
والدوران المختلفان اذا اذن بالدخول في احدهما لا يصيران الاخرى
مأذونا بالدخول فيهما والمحتمل لا يكون حجة وروي عن ابي يوسف انه
قال في رجل كان في حمام او خان وثيابه تحت راسه فسرقها سارق انه لا قطع

عليه سواء كان نائما او يقظانا وان كان في صحرا وبرثيابه تحت راسه قطع
وكذلك روي عن محمد في رجل سرق من رجل وهو معه في الحمام او سرق من
رجل وهو معه في سفينة او نزل قوم في خان فسرق بعضهم من بعض
انه لا قطع على السارق وكذلك الحانوت ان للحمام والخان والحانوت كل واحد
منها حرز بنفسه لان اذن الناس في دخوله خرج من ان يكون حرزا فلا يعتبر
فيه الحافظ فلا يصير حرزا بالحافظ ولهذا قالوا اذا سرق من الحمام ليلا
يقطع لان الناس لم يأذنوا بالدخول فيه ليلا فاما الصحرا او المسجد وان
كان مأذونا الدخول اليه فليس حرزا بنفسه بل بالحافظ ولم يوجد الاذن
من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا في السارق من المسجد اذا كان
ثمة حافظ مقطع وان لم يخرج من المسجد لان المسجد ليس حرزا بنفسه
بل بالحافظ فكان البقعة التي فيها الحافظ هي الحرز لا كل المسجد فاذا
انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع فاما الدار فانها صارت حرزا
بالبنا فما لم يخرج لم يوجد الانفصال من الحرز وروي عن محمد
في رجل سرق في السوق من حانوت فتحه رب الحانوت وفتح للبيع
واذن للناس بالدخول فيه انه لم يقطع وكذلك لو سرق منه وهو مغلق
على شيء على شيء لم يقطع لانه لما اذن للناس بالدخول فيه فقد اخرج الحانوت
من ان يكون حرزا في حقهم وكذلك اذا اخذ من بيت فيه او صندوق فيه مقفل
لان الحانوت كله حرز واحد كالدار على ما مر وروي عن ابي يوسف انه قال
في رجل بارض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام علما فحمله سارق من تحت رجله
شيأ او سرق الجوالق الذي تحته لان الجوالق بما فيها محرز بالحافظ
فسيتوي اخذ جميعه واخذ بعضه وكذلك اذا سرق بساطا ملفوفا قد
وضعه ونام عنده فحمله انه يقطع وان كان مضروبا لم يقطع لانه اذا كان
ملفوفا كان محرزا بالحافظ كالباب المغلوق اذا كان في الدار فسرقه سارس
واذا كان البساط مضروبا كان حرزا بنفسه فاذا سرقه فقد سرق
نفس الحرز ولفس الحرز ليس في الحرز فلا يقطع كسارق باب الدار ولو كان

الحوالة على المفلس او الميت فسخ الحوالة واخرج المتاع ليقطع لان الحوالة حرزها
فيهما وان اخذ الحوالة كما هو لم يقطع لانه اخذ نفس الحرز وكذلك ان سرق
الحمل مع الحوالة لان الحمل لا يوضع على الحمل للحفظ بل للحمل لان الحمل ليس
بحرز وان ركبه صاحبه فلم يكن الحمل حرز الحوالة فاذا اخذ الحوالة فقد
اخذ نفس الحرز ولو سرق من المراعي بعيرا او بقرة او شاة لم يقطع سواء
كان الراعي معها اولم يكن وان سرق من المحفة او المراح الذي يأوي اليه
يقطع اذا كان معها حافظ او ليس معها حافظ غير ان الباب مغلقة فكسر
الباب ثم دخل وسرق بقرة قادها فوقد احقى احرجها او ساقها سوقا
حقى احرجها او كبها حقى احرجها لان الراعي ليست حرز للمواشي
وان كان الراعي معها لان الحفظ لا يكون مقصودا من الرعي وان كان قد
يحصل به لان المواشي لا تحمل في مراعيها للحفظ بل للرعي فلم يوجد
الاخذ من حرز خلاف المحفة او المراح فان ذلك يقصد به الحفظ ووضع
له فكان حرزا وقال صلى الله عليه وسلم في حوسية الحمل غرامة مثليها
وجلدات نكالا فاذا اداها المراح وبلغت قيمتهما ثمن المجن فيهما
القطع والله اعلم ولا يقطع عبد في سرقة من مولاه مكاتبا كان العبد
او مدبرا او قاصرا عليه دين ولا ام ولد سرقت من مال مولاها لان هؤلاء
ماذون بالدخول في بيوت سادتهم للخدمة فلم يكن بيت مولاهم حرزا
في حقهم وذكر في الموطا ان عبد الله بن عمر والخصوي جارا لابي عمر
رضي الله عنه ارسله ليس عليه قطع خادكم سرق متاعكم ولم ينقل انه
انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم
ولا على ضيف سرق متاع من اضافه ولا على اجير سرق من مواضع اذن
له دخوله لان بالاذن بالمسرور قد دخول احرج الموضع من ان يكون
حرزا في حقه وكذا الاجير اذا اخذ المتاع الماذون له في اخذه من موضع
لم يؤذن له بالدخول فيه لم يقطع لان الاذن باخذ المتاع يورث شبهة الدخول
في الحرز ولان الاذن بالاذن فوق الاذن بالدخول وذا يمنع القطع فهذا

اوليه

اولي ولو سرق المستاجر من المواجر وكل واحد منهما في منزل على حدة يقطع
بلا خلاف لانه لا شبهة في الحرز واما المواجر اذا سرق من المستاجر فكذلك
يقطع في قول ابي حنيفة وعندهما لا يقطع وجه قولهما ان الحرز ملك المستاجر
فيورث شبهة في درء الحد لانه يورث شبهة في اباحة الدخول فيخيل الحرز
فلا يقطع وجه قول ابي حنيفة ان معنى الحرز لا تتعلق له بالملك اذ هو
اسم لمكان معد للاحراز يمنع من الدخول فيه الا باذن وقد وجد لان المواجر
ممنوع عن الدخول في المنزل المستاجر من غير اذن فاشبه الاجنبي ولا
قطع على من سرق من ذي رحم محرم عندنا سواء كان بينهما ولادا او لا
وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك فاما في غيرهم فيقطع
وهو على اختلاف المعتق والمنعمة وسنذكر المسئلة في كتاب العتاق ان
شاء الله تعالى والصحيح قولنا لان كل واحد منهما يدخل في منازل صاحبه
لغير عادة وذلك دلالة الاذن من صاحبه فاختل معنى الحرز ولان القطع
بسبب السرقة فعل يقتضي الى قطع الرحم وذلك معصية الى الحرام والحرام
حرام والمفضي الى الحرام ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم لا رحم له
بسبب الرضاع فقد قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقطع الذي سرق
ممن يحرم عليه من الرضاع كأبيه من كان وقال ابو يوسف اذا سرق من امه
من الرضاع لا يقطع وجه قوله ان الواسطة بينهما في الدخول اباحة
عرفا وعادة فان الانسان يدخل في منزل عمه من الرضاع من غير اذن
كما يدخل في منزل امه من النسب بخلاف الاخت من الرضاع ولهما ان
الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المؤبدة وهذا لا تمنع وجوب القطع
كما لو سرق من ام موطوئه ولهذا يقطع في الاخت من الرضاع ولو سرق
من امرأة ابيه او من زوج امه او من حليلة ابنه او من ابن امرأته او ابنتها
او امها يقطع لانه سرق ما لهم من منزل من ليس لهم الدخول فيه من غير اذن
وامه وابنه وامرأته لا يقطع بلا خلاف لانه ماذون بالدخول في منزل

مولا فلم يكن المنزل حرزا في حقه فان سرق من منزل اخر بان كان لمولاه
لم يقطع بالاجماع وان كان لكل واحد منهما منزل على حدة اختلف فيه
قال ابو حنيفة لا يقطع وقال ابو يوسف يقطع اذا سرق من غير منزل
السارق او منزل ابيه او ابنه وذكر الخاصي في شرحه مختصر الطحاوي
قول محمد مع قول ابي يوسف وجه قولهما ان المانع هو القرابة ولا قرابة
بين السارق وبين المسروق منه بل كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه
فلا يمتنع وجوب القطع كما لو سرق من اجنبي آخر وجه قول ابي حنيفة
ان في الحرز شبهة لان حق التراوز ثابت بينه وبين قريبه لان كون المنزل
لغير قريبه لا ان كون المنزل لغير قريبه لا يقطع حق التراوز فهذا يورث شبهة
اذ حق الدخول للزيارة فيحتمل معنى الحرز ولا قطع على احد الزوجين سرق
من مال صاحبه سواء سرق من البيت الذي هما فيه او من بيت آخر لان كل
واحد منهما يدخل في منزل صاحبه ويتمتع بماله عادة وذلك يوجب خللا
في الحرز وفي الملك ايضا وهذا عندنا وقال الشافعي ان سرق من البيت
الذي هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت آخر يقطع والمسئلة مرت في كتاب
الشهادات وكذلك لو سرق احد الزوجين من عبد صاحبه او امته لو مكاتبه
لو سرق عبدا احدهما وامته ومكاتبته من صاحبه او سرق خادم احدهما
من صاحبه لا يقطع لانه ماذون بالدخول في الحرز ولو سرقت امرأة من
زوجها او سرق رجل من امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت بغير عدة
لم يقطع واحد منهما لان الاخذين وجوده لم ينعقد موجبا للقطع لثبات
الزوجية فلا ينعقد عند الابانة لان الابانة طارئة والاصل ان لا يعتبر الطارئ
مقارنا في الحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان في الاعتبار اسقاط الحد
وقت الاعتبار وفي الاعتبار ها هنا ايجاب الحد فلا يعتبر ولو سرق من مطلقته
وهي في العدة او سرقت مطلقته وهي في العدة لم يقطع واحد منهما سواء
كان الطلاق رجعيا او بائنا او ثلاثا لان النكاح في حال قيام العدة قائم من وجه

او

او اثره قائم وهو في العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه
من وجه اولى ولو سرق رجل من امرأة اجنبية ثم تزوجها
قبل ان يخلوا من احد وجهين اما ان تزوجها قبل ان يقضي عليه بالقطع
واما ان تزوجها بعد ما قضى عليه فان تزوجها قبل ان يقضي عليه لم يقطع
بالاجماع لان هذا مانع طرئ على الحد والمانع الطارئ في الحد ودكالمقارن لان
الحدود تندرئ بالشبهات فيصير كأن الزوجية شبهة مانعة من القطع كما لو
ان تزوجها بعد ما قضي عليه بالقطع لم يقطع عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف يقطع وجه قول ابي يوسف ان الزوجية القائمة عند السرقة انما
تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة وهي شبهة عدم الحرز او شبهة الملك
للطارئ لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبار شبهة الشبهة وانها ساقطة
في باب الحدود وجه قول ابي حنيفة ان الامضاء في باب الحدود من القضاء
فكان الشبهة المقترنة على الامضاء كالمقترنة على القضاء الا ترى انه لو قذف
رجلا بالزنى وقضي عليه بالحد ثم ان المقذوف زنا قبل اقامة الحد على
القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المقترن على الحد كالموجود
عند القذف ليعلم ان الطارئ على الحدود قبل الامضاء بمنزلة الحدود الموجود
قبل القضاء والله اعلم وذكر في الجامع الصغير في الطرار اذا طر الصرة من خارج
الكم انه لا يقطع عند ابي حنيفة فان ادخل يده في الكم فطرها يقطع وقال ابو
يوسف هذا كله سواء ويقطع وعند تفصيل الكلام فيه ويرتفع الخلاف ويتبين
الجواب وهو ان الحرز لا يخلوا اما ان يكون محل الرباط والدراهم مصورة
على ظاهر الكم واما ان كانت مصورة في باطنه فان الطرار لقطع والدراهم
مصورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم بعد القطع يقع
على ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الحرز وعليه يحمل قول ابي حنيفة وان كانت
مصورة في داخل الكم يقطع لانها بعد القطع يقع في داخل الكم فان كان الطرار
اخذ من الحرز وهو الكم فيقطع وعليه يحمل قول ابي يوسف وان كان الطرار محل
الرباط بيطوان كان يحال لو حل الرباط يقع الدراهم على ظاهر الكم بان كانت

العقد مشدودة من داخل الكم لا يقطع لانه اخذها من غير حرز وهو تفسير
قول ابي حنيفة وان كان الداخل يضع الدراهم في داخل الكم وهو يحتاج الى
ادخال يده في الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من الحرز وهو تفسير قول ابي
يوسف والله اعلم وعلى هذا الاصل ايضا يخرج النباش على اصل ابي حنيفة
ومحمد الله لا يقطع لان القبر ليس حرزا بنفسه اصلا انما تحفظ الاموال فيه
عادة الا ترى ان الله لو سرق عند الدراهم والدنانير لا يقطع ولا حافظ للكفن
ليجعل حرزا بالحافظ فلم يكن القبر حرزا بنفسه ولا بغيره او فيه شبهة عدم
الحرز لانه ان كان حرزا مثله فليس حرز السائر الاموال فتمكنت الشبهة في كونه
حرزا فلا يقطع ثم اختلف انه يعتبر في كل شيء حرز مثله او حرز لوضعه قال
بعض مشايخنا انه يعتبر في كل شيء حرز مثله او حرز لوضعه كالاصطبل
للدابة والحظيرة للشاة حتى لو سرق اللولوة من هذه المواضع وذكر الكرخي
في مختصره عن اصحابنا ان كان حرز النوع يكون حرزا للانواع كلها وجعلوا
سرير البقال حرزا للجواهر فالطحاوي اعتبر العرف والعادة وقال
حرز الشيء هو المكان الذي يحفظ فيه عادة والناس في العادات لا يجوزون
الجواهر في الاصطبل والكرخي اعتبر الحقيقة لان حرز الشيء ما يحرز
ذلك الشيء حقيقة وصورته البقال حرز الدراهم والدنانير والجواهر
حقيقة فكانت حرزا لها والله اعلم وسببها ان يكون نصابا والكلام في هذا
الشرط يقع في ثلاث مواضع احدها في اصل النصاب انه شرط ام لا والثاني
في بيان قدره والثالث في بيان صفاته اما الاول فقد اختلف فيه قال عامة
العلماء انه شرط فلا يقطع فيما دون النصاب وحكي عن الحسن البصري انه ليس
بشرط ويقطع في القليل والكثير وهو قول للخوارج واحتجوا بظاهر قوله
تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما من غير شرط النصاب وروي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع
يده ويسرق البيضة فتقطع يده ومعلوم ان من الحبال ما لا يساوي دانقا
والبيضة لا تساوي حبة ولنا دلالة النص واجماع الصحابة اما دلالة النص

فلان

فلان الله تعالى اوجب القطع على السارق والسارقة اسم مشتق من
معنى وهو السرقة والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفاء وسارقة الاعين
انما تقع للحاجة الى الاستخفاء فيما له خطر والحبة لا خطر لها فلم يكن اخذها سرقة
فكان ايجاب القطع على السارق اشتراطا للنصاب دلالة واما الاجماع فان
الصحابة رضوان الله عليهم اجمعوا على اعتبار النصاب وانما جرى الخلاف
بينهم في التقدير واختلافهم في التقدير اجماع منهم على ان اصل النصاب
شرط وبه تبين ان ما روي من الحديث غير ثابت او منسوخ او محمول المذكور
على حبل له خطر كحبل السفينة وبيضة خطيرة كبيضة الحديد توفيقا بين الدلائل
والله اعلم واما الكلام في قدر النصاب فقد اختلف فيه ايضا قال اصحابنا
رحمهم الله النصاب مقدر بعشرة دراهم فلا قطع في اقل من عشرة وقال
مالك وابن ابي ليلى بخمسة وذكر القدوري عن ثلاثين وقال الشافعي
وربع دينار حتى لو سرق ربع دينار او قيمته يقطع وهو مع نقصانه يساوي
عشرة لا يقطع عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع دينار لا يساوي
عشرة لم يقطع عندنا وعنده يقطع وقيمة الدينار عندنا عشرة وعنده
اثنى عشر على ما بين في كتاب الديات ان شاء الله تعالى احتج فيما اعتبر الخمسة
بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقطع يد السارق في ربع دينار
فصاعدا وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وهي قيمة ربع دينار عنده لان الدينار عنده
اصله مقوم باثني عشر درهما ولنا ما روي عن محمد في الكتاب باسناده عن
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه كان لا يقطع الا في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة
دراهم وفي رواية عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا قطع فيما دون عشرة دراهم وعن عبد الله بن مسعود رضي
الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقطع اليد الا في دينار او في عشرة
دراهم وعن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقطع السارق

الاتي ثمن المجن وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن ام ايمن انه قال ما قطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وكان ثمنه يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد في الاصل ان عمر رضي الله عنه امر بقطع يد سارق ثوب قيمته عشرة دراهم فعزم عثمان رضي الله عنه وقال ان هذا لا يساوي الا ثمانية فدرا عمر رضي الله عنه القطع عنه وعن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود رضوان الله عليهم مثل مذهبنا والاصل ان الاجماع انعقد على وجوب القطع في العشرة وفيما دون العشرة اختلفت الاحاديث فوقع الاحتمال في وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال واذا عرف ان النصاب شرط وجوب القطع بالسرقة فان وجد ذلك القدر في اخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال النصاب وان اختلفت السرقة لم تقطع لعدم الشرط وعلى هذا مسايل اذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيته فيها درهما فاخرجه الى صحنها ثم عاد فاخذ درهما في البيت فاخرجه ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى اخذ عشرة دراهم ثم اخرج العشرة من الدار تقطع لان هذه سرقة واحدة لان الدار مع صحنها وبيوتها حرز واحد لها دام في الدار لم يوجد الاخراج من الحرز فاذا اخرج من الدار جملة فقد وجد اخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرار لم تقطع لان هذه سرقات اذ كل واحد اخراج من الحرز فكان كل فعل منه معتبرا بنفسه وانه سرقة ما دون النصاب فلا يوجب القطع وكذلك جماعة دخلوا دارا واخرجوا من بيت من بيوتها المتاع مرة بعد اخرى الى صحن الدار ثم اخرجوه من الصحن دفعة واحدة يقطعون اذا كان ما اخرجوا بخص كل واحد منهم عشرة دراهم وان تفرق الاخراج يعتبر كل واحد بنفسه لان الاخراج اذا وقع جملة واحدة فهو سرقة واحدة واذا تفرق فهو سرقات فكان كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل واحد عشرة دراهم من منزلين مختلفين فان سرق منه تسعة

دراهم

٦٠٧

دراهم من منزل ثم اتى منزلا اخر فسرق منه درهما او لتسعة لم يقطع لانهما سرقتان مختلفتان لان كل واحد من المنزلين حرز بانفراده فيعتبر احدهما بما دون النصاب لا يعتبر في هذا الاخر فبقي كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل عشرة دراهم لعشرة انفس في موضع واحد قطع وان تفرقوا فلا كلهما يعتبر في ذلك حال السارق والسارق واحد فكان النصاب كاملا وانما اعتبر حال السارق دون المسروق منه لان كمال النصاب شرط وجوب القطع والقطع عليه فيعتبر حاله من عليه ولا يعتبر حال المسروق منه لان الحكم لم يجب لله تعالى فان كان عشرة انفس في دار كل واحد في بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما يقطع اذا خرج بالجميع من الدار لما ذكرنا ان الدار حرز واحد وقد اخرج منها نصابا كاملا فكانت السرقة واحدة واذا اختلف المسروق منه ولو كانت الدار عظيمة فيها حجر لكل واحد حجرة فسرق من كل حجرة اقل من عشرة لم يقطع لان ذلك سرقات اذ كل حجرة حرز بانفرادها والسرقات اذا اختلفت يعتبر في كل واحد منها كمال النصاب ولم يوجد ولو سرق عشرة انفس من رجل واحد عشرة دراهم لم يقطعوا بخلاف الواحد الذي سرق عشرة دراهم من عشرة انفس انه يقطع اذا كانت الدراهم في حرز واحد لما بينا ان المعتبر حال السارق لا حال المسروق منه فكانت السرقة واحدة فيعتبر كمال النصاب في حال السارق لا في حال المسروق منه وسواء كانت الدراهم مجتمعة او متفرقة بعد ان كان الحرز واحدا حتى لو كان سرق عشرة دراهم متفرقا من كل كيس درهما من عشرة انفس من منزل واحد يقطع لان الحرز واحد فاذا اخرجها منه فقد خرج بنصاب كامل من السرقة فيقطع ولو سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب الدار ثم دخل فاخذ ثوبا اخر يساوي تسعة دراهم فاخرجه لم يقطع لانه لم يبلغ المأخوذ في كل واحد منهما نصابا فلا يقطع والله اعلم

واما صفات النصاب فمنها ان تكون الدراهم المسروقة جيادا حتى

فصل

لو سرق عشرة زيوفا او بهرجة او مستوقة لا يقطع الا ان تكون كثيرة تبلغ
قيمتها عشرة جياد وكذلك السروق من غير الدراهم اذا كان لا يبلغ قيمته قيمة
عشرة دراهم جياد لا يقطع لان مطلق اسم الدراهم في الاحاديث ينصرف
الى الجياد ومنها ان يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة كذا قالوا الا ان اسم الدراهم
عند الاطلاق يقع على ذلك الا ترى انه قدر به نصاب الزكاة والديات وكذا الناس
اجمعوا على هذا في وزن الدراهم ولان هذا اوسط المقادير لان الدراهم على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت صغارا وكبارا فاذا جمع كبير وصغير
كانا درهمين من وزن سبعة فكان هذا الوزن هو اوسط المقادير فاعتبر
لقوله عليه السلام خير الامور اوساطها وهو يعتبر ان تكون مضروبة
ذكر الكرخي انه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وهكذا روي عن بشر
عن ابي يوسف وبن سماعة عن محمد حتى كان تبرا فقيمته عشرة دراهم
مضروبة لا تقطع وروي الحسن عن ابي حنيفة ان السارق اذا سرق
عشرة دراهم مما يجوز بين الناس قطع وهذا يدل على ان كونها مضروبة
ليس بشرط بل ان يقطع في المضروبة وغيرها اذا كان مما يجوز بين الناس
وتزوج في معاملاتهم لما ان تقدير نصاب السرقة وقع بالدراهم او لعموم
المجن وقع بالدراهم والدراهم اسم للمضروبة والتبر ليس بمضروبة
ولا في معنى المضروب في المالية ايضا لانه ينقص عند في القيمة فاشبه
نقصان الوزن وابو حنيفة رحمه الله اعتبر الجواز والرواج في معاملات
الناس فاجري به التعامل بين الناس يستوي في نصابه المضروبة
وغير المضروب والصحيح والمكسر لما في نصاب الزكوة فما قاله ابو حنيفة
اقرب الى القياس وما قالاه اقرب الى الاحتياط في باب الحدود ثم كمال
النصاب في قيمة المسروق يعتبر وقت السرقة لا وقت الرافع وقت السرقة
والقطع جميعا وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت قيمة المسروق كاملة
وقت السرقة ثم انتقصت الدهل يسقط القطع فجملة الكلام فيه ان نقصان
المسروق لا يخلو اما ان كان نقصان العين بان دخل المسروق عيب لو رد به

بعضه

٦٠٨

بعضه واما ان كان نقصان السعر فان كان نقصان العين يقطع السارق
ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لان نقصان
عند هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض اولى
وان كان نقصان السعر ذكر الكرخي انه لا يقطع في ظاهر الروايات ويعتبر
قيمته في الوقتين جميعا وروي عن محمد انه يقطع وهكذا الطحاوي ذكره
انه يعتبر قيمته وقت الاخراج من الحرز وهو قول الشافعي وجه هذه
الرواية ان نقصان السعر دون نقصان العين لان ذلك لا يوثر في المحل
وهذا يوثر فيه ثم نقصان العين لم يوثر في اسقاط القطع فنقصان
السعر اولى وجه ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي الفرق من القطعين
ووجه الفرق بينهما ان نقصان السعر يورث شبهة نقصان في السرقة
وقت السرقة لان العين حالها قائما لم تتغير وتغير السعر ليس
مضمونا على السارق اصلا فيجعل النقصان الطارئ كالموجود عند السرقة
بخلاف نقصان العين لانه يوجب تغير العين اذ هو هلاك بعض العين
وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة وكذا
اذا سرق في بلد فاخذ في بلد آخر والقيمة فيه انقص ذكر الكرخي الى
الفرق بين النقصانين ووجه الفرق بينهما ان نقصان السعر يورث
شبهة نقصان في الوقت وقت السرقة انه لا يقطع حتى تكون القيمة
في البلدين جميعا في السعر عشرة دراهم وعلى رواية الطحاوي يعتبر
قيمته وقت السرقة لا غير ومنها ان يكون المسروق الذي يقطع فيه
للحلة مقصودا في السرقة لانها لما تصور لا يتعلق القطع بسرقته
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هذا ليس بشرط والاصل له
هذا ان المقصود بالسرقة اذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصابا
بنفسه يقطع بلا خلاف وان لم يبلغ بنفسه نصابا الا بالتابع يكمل
النصاب به فيقطع وكذلك اذا اجتمع كل واحد منهما مقصودا ولا يبلغ
بنفسه نصابا يكمل احدهما بالآخر ويقطع وان كان للمقصود بالسرقة

بل يكون قاطعا في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقطع اذا كان
ذلك الغير نصابا كاملا وبيان هذه الجملة في المسايل اذا سرق انا من ذهب او
فضة فيه شراب او ما او لبن او ما ورد او ثريد او نبيذ او غير ذلك مما لا يقطع
فيه التحق بالعدم فيعتبر اخذ الاناء على الانفراد فيقطع فيه وجه قولهما
ان المقصود من هذه السرقة ما في الاناء والاناء تابع الا ترى انه لو قصد الاناء بالاخذ
لاجل ما فيه وما في الاناء لا يجب القطع بسرقته فاذا لم يجب القطع بالمقصود
لا يجب بالتابع وابي هذا اشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال انما النظر الى ما في
جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم اقطعه ولو سرق ما في الاناء في الدار
قبل ان يخرج الاناء منها ثم اخرج الاناء فارغا منه قطع لانه لما سرق ما فيه فالدار
علم انه مقصوده هو الاناء والمقصود بالسرقة اذا كان مما يجب القطع بسرقته
وبلغ نصابا يقطع وعلى هذا الخلاف اذا سرق صبيا حرا لا يعبر عن نفسه وعليه
حلي وان كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لانه يد على نفسه
وعلى ما عليه من الحلي فلا يكون اخذه سرقة بل يكون انتزاعا فلا يقطع وكذلك
ان سرق عبدا صبيا يعبر عن نفسه وعليه حلي او لم يكن لا يقطع بلا خلاف
وان كان لا يعبر عن نفسه يقطع عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
لا يقطع مبناه على ان سرقة مثل هذا العبد توجب القطع عندهما لا توجب
والسلة قد مرت ولو سرق كلبا او غيره من الشارع في عنقه طوق لم
يقطع وكذلك لو سرق مصحفا او مرصعا بيا منضضا او مرصعا بيا فوق
لم يقطع عندهما وعند ابي يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزا فيه نبيذ
دراهم وفيه عسل يساوي درهما يقطع لان المقصود ما فيه من العسل
والكوز تبع فيكمل نصاب الاصل به وكذلك لو سرق حمارا يساوي عشرة
دراهم وعليه ان كان يساوي درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم
من ثوب والثوب لا يساوي عشرة يقطر ان كان ذلك الثوب يصلح وعاء
للدراهم بان يشد فيه الدراهم عادة بان كانت خرقة ونحوها يقطع لان المقصود
بالاخذ هو ما فيه وان كان لا يصلح بان كان ثوبا رديا فان كان يبلغ قيمة الثوب

نصابا

نصابا بان كان يساوي عشرة يقطع بلا خلاف لان الثوب مقصود بنفسه
بالسرقة وان كان لا يبلغ نصابا قال ابو حنيفة لا يقطع وذكر في الاصل
ان اللص لو كان يعلم بالدراهم يقطع وان كان لا يعلم لا يقطع وهو احدى
الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وروي عن ابي يوسف
انه يقطع علم بها او لم يعلم ووجهه ان العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب
القطع بل الشرط ان يكون نصابا وقد وجد وجد وجد وابة الاصل انه اذا كان يعلم
بالدراهم كان مقصوده بالاخذ الدراهم وقد بلغت نصابا فيقطع واذا
كان لا يعلم بها كان مقصوده الثوب وانه لم يبلغ النصاب فلا يقطع وجه
الرواية الاخرى لابي حنيفة ان مثل هذا الثوب اذا كان مما لا يشد فيه
الدراهم عادة كان مقصودا بنفسه بالسرقة وانه لم يبلغ نصابا فلم يجب
به القطع فكذا فيما فيه لانه تابع له ولو سرق جوالقا او جرابا فيه مال
كثير قطع لان المقصود بالسرقة هو الظروف لا الظرف والمقصود مما يجب
القطع بسرقته فيقطع وكذا اذا كان الثوب لا يساوي عشرة وفيه مال عظيم
علم به اللص يقطع لان الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء
للبسير فيما صلح وعاء له ليعتبر ما فيه لانا نعلم يقينا ان مقصوده ما
فيه وفيما لا يصلح ليعتبر بنفسه مقصودا بالسرقة وما فيه تبع له فلا
قطع في المقصود كنقصان النصاب فكذا في التابع لان التبع حكمه حكم
الاصل والله اعلم **فصل** واما الذي يرجع الى المسروق منه فنوعان يكون
له يد صحيحة وهي يد المالك او يد الامانة كيد المودع والمستعير والمضارب
والمرتهن او يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن
فيجب القطع على السارق من هؤلاء اما من المالك فلانتفاء الشبهة فيه وكذا من
امينه لان يد امينه يده فلا حد منه كما لا حد من المالك واما من الغاصب
فان منفعة يده عائدة الى المالك او عسى يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن
العهدة فكانت يده يد المالك من وجه ولان المغصوب مضمون على الغاصب
وضمان الغصب عند فاضمان تملك فاشبه يد المشتري والمقبوض على سوم

السراق مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالعين فيجب القطع
على السارق منهم وهل يستوي فيه خصومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف قد ذكرناه
ان شاء الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارة لان يد السارق ليست يد
صحيحة اذ ليست بيد ملك ولا يد امانة ولا يد ضمان فصار الاخذ منه كالاخذ
من الطريق فان كان القطع روي عن الاول قطع للثاني لانه اذا ادي عنه القطع
صارت يده يد ضمان ويد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله اعلم
واما الذي يرجع الى المسروق فيه وهو المكان فهو ان تكون السرقة في دار العدل
فالقطع في السرقة في دار الحرب ودار البغي لانه لا يد للامام على دار الحرب ولا
على دار البغي فالسرقة الموجود فيهما لا تنعقد سببا لوجوب القطع و
بيان هذا في مسائل التجار او الاساري من اهل الاسلام في دار الحرب اذا سرق
بعضهم من بعض منا ثم خرجوا الى دار الاسلام فاخذ السارق لا يبطل الامام
لانه لا يد للامام على دار الحرب فالسرقة فيهما لم تنعقد موجبة للقطع فلا
تستوي في دار الاسلام وكذلك التجار من اهل العدل في معسكر اهل البغي او
الاساري في ايديهم اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى اهل العدل
فاخذ السارق لم يقطعه الامام لان السرقة وجدت في موضع لا يد للامام عليه
فاشبهت السرقة في دار الحرب وكذلك رجل من اهل البغي جاء للامام تائبا
وقد سرق من اهل البغي لم يقطعه لما قلنا وكذلك رجل من اهل العدل اغار على
معسكر اهل البغي فسرق منهم لم يقطعه الامام لان السرقة لم تنعقد موجبة
للقطع لعدم ولاية الاستيفاء فيه ولانه اخذه عن تاويل لان لاهل العدل
ان ياخذوا اموال اهل البغي ويحبسوها عندهم حتى يتوبوا فكان في العصمة
شبهة العدم وكذلك الرجل من اهل البغي اذا سرق من معسكر من اهل العدل
وعاد الى معسكره ثم اخذ بعد ذلك لم يقطع لانهم لم يعتقدوا اباحة اموالنا
ولهم منعة فكان اخذه عن تاويل فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالاتلاف
ولو ان رجلا من اهل العدل سرق من انسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل
دمه وماله يقطع لان مجرد اعتقاد الاباحة لا عبرة به ولا نا لو اعتبرنا ذلك

لادي

لادي الى سد باب الحد لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عند
نفسه وهذا فاسد فهاذا دي اليه مثله **فصل** واما بيان ما تظهر به السرقة
عند القاضي فنقول وبالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضي
يظهر باحد امرين احدهما البينة والثاني الاقرار اما البينة فتظهر عليا
السرقة اذا استجمعت شرائطها لانها حجة يرجح فيه جنبة الصدق على
جنبة الكذب فيظهر الخبر بها وشرائط فتقبل البينة في باب السرقة بعضها
يعم البينات كلها وقد ذكرنا ذلك في كتاب الشهادات وبعضها يخص الباب
الحدود والقصاص وعلى الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل فيه شهادة
النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لان في شهادة هؤلاء
زيادة شبهة لاضرورة الى تحملها فيما يحتال لدرئه ويحتاط لدرئه وكذا
عدم تقادم العهد الا في حد القذف والقصاص حتى لو شهدوا بالسرقة
بعد حين لم تقبل ولا يقطع ويضمن المال والاصل ان التقادم يبطل الشهادة
على الحدود الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال
ولهذا خص ابواب المال والحقوق وهو الخصومة والدعوى ممن له
يد صحيحة حتى لو شهدوا ان السرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم
ما لم يحضر المسروق منه وخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير
السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة واذا
لم توجد منه الخصومة لا تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم
اورث شبهة ويجوز الحبس بالتهمة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
حبس رجلا بالتهمة وهل يشترط حضور المولى لقبول البينة القائمة على
سرقة عبده مال انسان والعبد بعد اختلف فيه قال ابو حنيفة لا يشترط
حتى لو كان مولاه غائبا لم تقبل البينة وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف
وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انه لا يشترط ويقضى عليه بالقطع
وان كان مولاه غائبا وجه هذه الرواية ان القطع انما يجب على العبد بالسرقة
من حيث انه ادمي يكلف لا من حيث انه مال مملوك للمولى ومن هذا الوجه

المولى اجنبي عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا يشترط حضرة سائر الاجانب
ولهذا لو اقر بالسرقة نفذ اقراره ولا يشترط حضرة المولى كذا هذا وجه قول
ابي حنيفة ان هذه البينة تتضمن اثبات ملك المولى فلا تقضي بما مع غيبة
المولى كالبينة القائمة على ملك شيء من رقبة العبد ولان من الجائز انه لو كان حاضرا
لادعى شبهة ما فقد من قبول الشهادة والحدود تندرئ ما امكن بخلاف الاقرار
لانه لو كان حاضرا وقع موجبا للحد لاعتراف المولى رده بوجه فلم يتمكن
فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فانكر فاستحلف فنكل لا تقضي عليه بالقطع وتقضي بالمال لان النكول اما ان يجري
مجرى اقرار فيه شبهة العدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال واما الاقرار فيظهر به السرقة
كما تظهر البينة وبل اولى لان الرد قد يتهم في الاقرار لحق نفسه ولا اضرار
بنفسه فتظهر به السرقة كما يظهر البينة في حق نفسه وحق غيره اما لا يتهم في حق
نفسه وسواء كان الذي اقر بالسرقة عبدا ماذونا او محجورا بعد ان كان من
اهل وجوب القطع عليه وعند زفر لا يقطع باقرار العبد من غير تصديق المولى
وجملة الكلام ان العبد اذا اقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو اما ان كان ما
ذونا او محجورا والمال قايم او هالك فان كان ماذونا يقطع ثم ان كان المال
هالكا او مستهلكا لا ضمان عليه سواء صدقه مولاه في اقراره او كذبه فيه لان
القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا وان كان قايما فهو للمسروق منه وهذا قول
اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقطع من غير تصديق المولى والمال للمسروق منه
وجه قوله ان اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى لا ما في يد العبد مال مولاه
فلا يقبل من غير تصديق ولنا ان العبد عليه متهم في هذا الاقرار لان المولى ان
كان يتضرر به فضرر العبد اعظم فلم يكن متهما في اقرار فيقبل ولانه لا ملك للمولى
في يد العبد في حق القطع كالا ملك له في نفسه في حق القتل فكان العبد فيه مبقى
على اصل الحرية فيقبل اقراره كالحر وبه تبين ان اقراره لم يتضمن ابطال حق المولى
في حق القطع لعدم الحق له في حقه وان كان محجورا تقطع يده ثم ان كان المال

هالكا

هالكا او مستهلكا لا ضمان عليه كذبه مولاه او صدقه وان كان قايما فان صدقه
مولاه تقطع يده والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مال اختلف فيه
اصحابنا الثلاثة قال ابو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال ابو يوسف
تقطع يده والمال للمولى ولا ضمان على العبد في الحال ولا بعد العتق وقال محمد
لا تقطع يده والمال للمولى ويضمن مثله للمقر له بعد العتق وجه قول محمد ظاهر
لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما في يده ملك مولاه ظاهرا وغالبا واذا لم ينفذ
اقراره بالمال بقي المال على حكم المولى ولا قطع في مال المولى بخلاف المأذون لان
اقراره بالمال جايز واذا جاز اقراره بالمال لغيره يثبت السرقة عنده فيقطع
وجه قول ابي يوسف ان اقراره بالحد جايز لان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من
ضرورة جواز اقراره في حق الحد جواز في المال الا ترى انه لو قال سرقت هذا المال
الذي في يدي زيد من عمرو يقبل اقراره في القطع ولا يقبل في المال كذا هذا وجه
قول ابي حنيفة ان اقرار العبد بالحد جايز لما ذكرنا في العبد المأذون فلزمه
القطع فيرد ذلك لا يخلوا اما ان يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المسروق
عنه هذا اذا كان العبد عاقلا بالغا وقت الاقرار واما اذا كان صبيا عاقلا فلا قطع
عليه لانه ليس من اهل الخطاب بالشرايع ثم يبطل ان كان ماذونا يصح اقراره
بالمال فان كان قايما يرد عليه وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا لا يصح اقراره
الا بتصديق المولى فان كذبه فالمال للمولى ان كان قايما وان كان هالكا لا ضمان
عليه لا في المال ولا بعد العتاق ولو اقر العبد بسرقة ماد دون العشرة لا يقطع لان
النصاب شرط ثم يبطل ان كان ماذونا يصح اقراره ويرد المال المسروق
منه وان كان هالكا يضمن سواء كان العبد مخاطبا او لم يكن وان كان محجورا
فان صدقه مولاه فكذلك وان كذبه فالمال للمولى ويضمن العبد بعد العتاق
ان كان مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه والاصل في جنس
هذه المسايل ان كل ما لا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد فيه ثم المولى
اذا اقر على عبده بالقصاص او حد الزنا او حد القذف او السرقة او القطع في
السرقة لا يصح فاذا اقر العبد بهذه الاشيا يصح واما اذا اقر المولى على عبده

بالجناية فيما دون النفس فيما يجب فيه الدفع او القود فانه يظهر ان لم يكن عليه دين
صح لان الجناية فيما دون النفس سبيلها سبيل الاموال فكان المولى اقر على
بالدين ولو اقر بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين لا يصح لانه لو اقر عليه بالدين
وعليه دين لا يصح كذا اذا اقر عليه بالجناية والله اعلم وعدم التقادم في الاقرار
ليس بشرط لجوازه فيجوز تقادم عهد السرقة او لا خلاف البينة والعرف ذكره
في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى واختلف في العدد في هذا الاقرار انه هو هل
هو شرط قال ابو حنيفة ومحمد ليس بشرط ويظهر بالاقرار مرة واحدة
وقال ابو يوسف شرط فلا يقطع حتى يقر مرتين في مكانين والدلائل تذكرها
في كتاب الحدود وكذا اختلف في دعوى المسروق عند اهل هي شرط كون
الاقرار مظهرا للسرقة كما هي شرط كون البينة مظهرة لما قال ابو حنيفة
ومحمد شرط كون البينة مظهرة لها قال ابو حنيفة ومحمد شرط حتى
لو اقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع حتى يحضر المسروق منه
ويخاصم عندها وقال ابو يوسف الدعوى والاقرار ليست بشرط ويقطع
حال غيبة المسروق منه وجد قول ابي يوسف ان اقراره ما لسرقة اقرار على
نفسه والانسان يصدق في الاقرار على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو اقر بالزنا
بامرأة وهي غائبة قبل اقراره وحد كذا هذا ولهما ما روي ان سمرة قال
النبي صلى الله عليه وسلم اني سرقت لال فلان فاقطع النبي عليهم السلام اليهم
فسألهم فقالوا انا فقد فابعث الينا بعبدنا لنقطعه فلولا ان المطالبة شرط
لظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسألهم بل كان يقطع السارق ولان كل من في يده
شيء فالظاهر انه ملكه فاذا اقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى
يصدقه المقر له والغائب يجوز ان يصدقه فيه ويجوز ان يكذبه فنبقي على ملك
حكم السارق فلا يقطع ولان في ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لاحتمال
التكذيب من المسروق منه فما لم يحتمل ان يحضر فيكذبه في اقراره بخلاف الاقرار
بالزنا بامرأة غائبة لانه يحتمل ان يكون حبلى فتدعي شبهة
لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة لسقط الحد لاجل الشبهة فلو سقط

عنه

عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة في درء الحد وها هنا بخلافه
لان المسروق منه لو كان حاضرا وكذب السارق في اقراره بالسرقة منه لم
يقطع لاحتمال ان يكون الشبهة حال الاقدام فعل السرقة فلم يكن في السقوط حال الغيبة
اعتبار شبهة الشبهة والله اعلم قال محمد رحمه الله لو قال سرقت هذه الدراهم
ولا ادري لمن هي او قال سرقتها ولا اخبرك منها جميعا لا يقطع لان جهالة
المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على اصله فالجهالة
اولى ولان الخصومة لما كانت شرطا فاذا كان المسروق منه مجهولا لم توجد
الخصومة فلا يقطع واذا عرفت ان الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة
للقطع بالبينة على الاتفاق وبالاقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من
يملك الخصومة ومن لا يملكها نقول وبالله التوفيق الاصل ان كل من كان له
يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك ان يخاصم السارق اذا سرق
منه لا شك لان يد المالك يد صحيحة واما المودع والمستعير والمضارب
والبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمؤتمن فلا خلاف بين
اصحابنا في ان لهم ان يخاصموا السارق وتعتبر خصومتهم في حق ثبوت
ولاية الاسترداد والاعادة الى ايديهم واما في حق القطع فكذلك عند اصحابنا
الثلاثة ويقطع السارق بخصومتهم وعند زفر لا تعتبر خصومتهم في حق
القطع فكذلك عند اصحابنا الثلاثة ولا في حق ولاية الاسترداد وجه قول زفر
ان يد هؤلاء ليست بيد صحيحة في الاصل واحكام المؤتمن فظاهر ولانا يد
حفظ الا انه تثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى يد الحفظ ليتمكن
من التسليم الى المالك وكذا يد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمؤتمن
يد هم يد ضمان لا يد خصومة وانما تثبت لهم ولاية الخصومة لامكان الرد
الى المالك فكان ولاية ثبوت للخصومة لهم بطريق الضرورة والثابت بالضرورة
يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت وهي الضرورة فكانت
الخصومة منعدمة في حق القطع ولا قطع بدون الخصومة ولهذا لا يقطع
بخصومة السارق كذا هذا ولان الخصومة شرط ضرورة البينة حجة

مطهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة لما يعلم ان السروق
غير ملك السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرطا كون
البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة تثبت بخصومة هولاء اذا
ظهرت السرقة تقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
ولان السارق انما لا تقطع بخصومته الا لا تقطع بخصومته لان يده لبست
بصحيحة لما ذكرنا على ان عدم القطع هناك لخلل في ملك المسروق لما
بينا فيما تقدم وها هنا لا خلل في الخصومة الا ترى انه هناك لا تقطع
بخصومة المالك وها هنا لا تقطع بحضرة المالك وغاب المرتهن هو له ان
يخاصم السارق ويقطعه ذكره في الجامع الصغير ان له ذلك وروي
بن سماعة عن محمد انه ليس له ذلك وجه رواية ابن سماعة ان ولاية
الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم
يسرق منه وانما سرق من غيره فلم تكن له ولاية الخصومة وجه رواية الجامع
ان الخصومة في باب السرقة انما شرطت ليعلم ان المسروق ملك غير
السارق وهذا الحاصل بخصومة المالك فتصح خصومة كما تصح خصومة
المرتهن بل اولى ولو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب ذكر في الجامع
الصغير ان له ان يخاصم ويطالب بالقطع ولم يذكر بن سماعة في الغصب
خلافا ذكر القدوري انه ينبغي ان يكون الخلاف فيهما واحدا وليس
للراهن ان يخاصم للسارقة فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضاء
الدين فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له ان يخاصم لانه ثبت له ولاية
القبض بالفكاك قال القدوري وعلى رواية ابن سماعة لا يثبت للراهن
ولاية المطالبة مع غيبة المرتهن كما في يد المودع بل اولى لان يد المرتهن اقوى
من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه ويد المودع لغيره ولو هلك الرهن
في يد السارق كان للمرتهن ان يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لان المرتهن
كان له ولاية القطع قبل الهلاك وهلاك المحل لا يسقط القطع فتثبت الولا
ية
واما الراهن فلم يبق له حق في المرهون الا ترى انه يسقط عنه الدين

بهلاكه فلا يثبت له ولاية المطالبة واما السارق فلا يملك الخصومة لان الاخذ
المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا يثبت
ولاية المطالبة وهل للسارق الاول ان يطالب الثاني برد المسروق الى يده قالوا
فيه روايتان في رواية ليس له ذلك وفي رواية ليس له ذلك وجه الرواية الاولى على
نحو ما بينا لان المسروق منه لما تمكن له يد صحيحة صار الاخذ منه كالاخذ
من الطريق سر وجه الرواية الثانية انه من الجايز ان يختار المالك الضمان
وترك القطع فيحتاج الى ان يسترده من يده فيدفع اليد فيخلص عن
الضمان كما في الغصب وعزوه على ما سرد ذكر القدوري انه يجوز ان
ينال ما لم يقطع فله ذلك واما بعد القطع فليس له ذلك لان
قبل القطع يحتمل اختيار الضمان ولهذا لا قال ويجوز ان ينال له
ذلك بعد القطع ايضا لان الضمان انما لم يجب عليه في المقضاء لم
واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى فيحتاج الاسترداد ل
لينخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى
ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع فعلم القاضي سواء استفاد قبل زمان
القضاء او في زمان القضاء ذكرنا في كتاب ادب القاضي والله اعلم

واما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق السرقة حكمان
احدهما يتعلق بالنفس والاخر يتعلق بالمال اما الذي يتعلق بالنفس
فالقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما والمراد بنا
من الاخبار وعليه اجماع الامة والكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان
صفات هذا الحكم وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيمه وفي بيان
ما يسقط بعد ثبوته وفي بيان حكم السقوط بعد الثبوت او عدم
الثبوت اصلا المانع من الشبهة اما صفات هذا الحكم فانواع منها انه
ينفي وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع في
سرقة واحدة ولقب المسئلة ان الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة
واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك المسروق في يد السارق بعد

القطع او قبله لا ضمان عليه وعند الشافعي يضمان فيقطع ويضمن
ما استهلكه وجه قوله ان وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان
لانها جنايتان على حقين حق الله تعالى وحق المسروق منه اما الجناية
على حق الله تعالى فهتك حفظ الله تعالى والمال خاصة غيبة المالك
محظوظ حفظ الله تعالى واما الجناية على حق العبد فبإتلاف ماله فكانت
الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع
من حيث انها جناية على حق الله تعالى وضمان المال من حيث انها
جناية على حق العبد كمن شرب خمر الذمي انه يشرب عليه الحد حقا لله
تعالى والضمان حقا للعبد وكذا قتل الخطا يوجب الكفارة حقا لله تعالى
والدية حقا للعبد لذا هذا والدليل عليه ان المسروق لو كان قائما يجب
رده الى المالك وذلك لانه بقي مضمونا حقا للمالك ولنا الكتاب والسنة و
المعقول اما الكتاب فقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
جزاء بما كسبا والاستدلال بالاية من وجهين احدهما ان الله تعالى
سمى القطع جزاء والجزاء ينبئ عن الكفاية فلو ضم اليه الضمان لم يكن
القطع كافيا فلم يكن جزاء تعالى الله عن الخلف في الخبر والثاني ان جعل
القطع كل الجزاء لانه ذكره ولم يذكر غيره فلو اوجبنا الضمان لصار
القطع بعض الجزاء فيكون نسخا فنسخ النص الكتاب واما السنة فما روي
عن عبد الرحمن ابن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا
قطع السارق فلا غرم عليه والغرم في اللغة ما يلزم اداؤه وهذا نص
في الباب واما المعقول فمن وجهين احدهما ما والاخر ابتداء اما وجه
الاول فهو ان المضمون انما يملك بادا الضمان او اختياره من
وقت الاخذ فيتبين ان القطع في ملك نفسه وذلك لا يجوز واما
وجه الابتداء فما قاله بعض مشايخنا وهو ان الضمان انما يجب باخذ
مال معصوم يثبت عصمته حقا للمالك فيجب ان يكون المضمون بهذه
الصفة ليكون اعتداء بالمثل في ضمان العدوان والمضمون حال السرقة

خرج

خرج من ان يكون معصوما حقا للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقي
معصوما حقا للمالك لما وجب اذ الثابت حقا للعبد شبيه لدفع حاجته و
حاجة السارق كحاجة المسروق فيتمكن فيه شبهة الاباحة وانها تمنع
وجوب القطع والقطع واجب فينتفي الضمان ضرورة الا ترى انه وجب
رد المسروق حالة قيامه لان وجوب الرد تقيد على الملك لا على العصمة
الا ترى ان من غصب خمر مسلم يؤمر بالرد عليه لقيام ملكه فيها ولو
هلكت في يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم تكن من ضرورة
سقوط العصمة الثابتة حقا للعبد بزوال ملكه عن المحل وها هنا الملك
قائم فيؤمر بالرد اليه والعصمة زائلة فلا يكون مضمونا بالهلاك ويخرج
على هذا الاصل مسائل اذا استهلك السارق المسروق بعد القطع لا يضمن
على ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يضمن وجه هذه
الرواية ان المسروق بعد القطع بقي على ملك المسروق منه الا ترى
انه يجب رده على المالك وقبض السارق للعين يقبض مضمون فكان
المسروق في يده بمنزلة الامانة فاذا استهلكها ضمن وجه الظاهر
الرواية ان عصمة المحل الثابتة حقا للمالك قد سقطت في حق السارق
لضرورة امكان ايجاب القطع فلا تعود الى الرد الى المالك فلم يكن معصوما
قبله فلا يكون مضمونا ولو استهلكه رجل اخر يضمنه لان العصمة انما
سقطت في حق السارق لا في حق غيره فيضمن ولو سقط القطع بشبهة
يضمن لان المانع من الضمان هو القطع وقد زال المانع ولو باع السارق
المسروق من انسان او ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه
ان يأخذه لانه عين ملكه وله ان يأخذ منه ان يرجع على السارق بالثمن
الذي دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق في عين
المسروق لا يرجع عليه بثمن المسروق لا بتعمد ليوجب ذلك ملك المسروق
للسارق وان كان هلك في يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض هكذا
روي عن ابي يوسف اما السارق فلان القطع ينفي الضمان واما القابض

فلانه لو ضمنه المالك لكان له ان يرجع بالضمان على السارق فيصير كان
المالك ضمن السارق وقطعه ينفي الضمان عليه وان كان استهلكه الغاصب
كان للمالك ضمن السارق وقطعه ينفي الضمان عليه وان استهلكه الغاصب
كان للمالك ان يضمنه القيمة لان قبض ماله بغير اذنه وهلك في يده و
للمشتري ان يرجع على السارق بالثمن لان الرجوع بالثمن ليس بضمين
ولو اغتصب انسان من السارق فهلك في يده بعد القطع فلا ضمان للسا رق
ولا للمسروق منه اما السارق فلانه ليس بمالك واما المالك فلان العصمة الثا
حقاله قد بطلت قال القدوري فكان للمولى ان يضمن الغاصب لانه لو ضمن
لا يرجع بالضمان على السارق وعلى هذا يخرج ما اذا سرق ثوبا فخرقه في الدار
خرقا فاحشا ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم لا يقطع لان الخرق
الفاحش سبب لوجوب الضمان وانه يوجب ملك المضمون ولذلك يمنع
القطع وان خرقه عرضا فقد مر الاختلاف فيه ومنها ان يجري فيه التداخل
حتى انه لو سرق سرقات فرفع فيما كلما تقطع او دفع في بعضها فقطع
فيما يرفع فالقطع للسرقات كلها ولا يقطع في شيء منها بعد ذلك لان اسباب
الحدود اذا اجتمعت وانها من جنس واحد تكتفي فيها بحد واحد كما في الزنا
وهذا الان المقصود من اقامة الحد هو الزجر والردع وذلك يحصل باقامة
الحد الواحد فكان اقامة الثاني بمنزلة عدم الفائدة فلا يقام ولهذا اكتفي
في باب الزنا بالاقامة الاولى حد كذا هذا ولان محل الاقامة قد فات اذ محلها
اليد اليمنى لان كل سرقة وجدت ما اوجبت الا قطع اليد اليمنى فاذا
قطعت في واحد منها فقد فات محل الاقامة وصار كما لو ذهبت اليد اليمنى
بافة سماوية واما حكم الضمان فلا خلاف بين اصحابنا في انه اذا حضر
اصحاب السرقات فخاصموا فيها فقطع بخاصمتهم انه لا ضمان على السارق
في السرقات كلها لان مخاصمة المسروق منه بالقطع تمنزلة الابراء عن الضمان
عندنا فاذا خاصموا جميعا فكأنهم ابرأوا واما ان خاصم واحد في سرقة فقطع
فلا ضمان على السارق فيما خوصم باجماع بين اصحابنا واما فيما لم يخاصم فيه

فقد اختلفوا قال ابو حنيفة لا ضمان عليه في شيء من السرقات خاصموا اولم
يخاصموا وقال ابو يوسف ومحمد يضمن في السرقات كلها الا فيما خوصم فيه
قولهما ان المسروق منه مخير بين ان يدعي المال المستوفى حقه وهو الضمان
وبين ان يدعي السرقة ليستوفي حق الله تعالى وهو القطع ولا ضمان له فكان
سقوط الضمان مبنيا على دعوى السرقة والخصومة فيها فمتى خاصم منهم
فقد وجد منه ما يوجب سقوط الضمان هو القطع والقطع وقع للسرقات
كلها فينفي الضمان في السرقات كلها هذا اذا كان المسروق هالكا اذا كان قائما
رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفي الضمان الا الرد ومنها انه لا يحتمل
العفو حتى لو امر الامام بقطع السارق فعفى عنه المسروق منه كان عفوه
باطلا لان صحة العفو تعتمد كون المعفو عنه حقا للعافي والقطع خالصه
حق الله تعالى لا حق للعبد فيه فلا يصح عفوه والله اعلم واما محل اقامته
هذا الحكم فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان اصل المحل ومراعاة الترتيب
فيه والثاني في بيان موضع اقامة الحكم منه اما الاول فاصل المحل عند اصحابنا
طرفان فقط وهما اليد اليمنى والرجل اليسرى فتقطع اليد اليمنى في السرقة
الاولى وتقطع الرجل في السرقة الثانية ولا تقطع بعد ذلك اصلا ولكنه يضمن
السرقة ويعزر ويحبس حتى تحدث توبته عندنا وعند الشافعي الاطراف الاربعة
محل القطع على الترتيب فتقطع اليد اليمنى في المرة الاولى وتقطع الرجل اليسرى
في المرة الثانية وتقطع الرجل اليمنى في المرة الرابعة احتج الشافعي بقوله
تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما والايدي اسم جمع والاثنان فما
فوقهما جماعة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى اذ تتوبا
الى الله فقد صغت قلوبكما وان لم يكن لكل واحد الا قلب واحد الا ان الترتيب
في قطع الايدي بدليل اخر وهذا لا يخرج اليد اليسرى من ان تكون محلا للقطع
في الجملة وروي ان ابا بكر رضي الله عنه قطع سارقا على اسما وكان اقطع اليد
والرجل ولما روي ان عليا رضي الله عنه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به الثانية

قد سرق فقطع رجل ثم اتي به الثالثة فقال لا اقطعه ان قطعت يده بأي شيء
يأكل بأي شيء يتمسح وان قطعت رجله بأي شيء يمشي اني لاستحيي
من الله تعالى فصفر به بخشبة وحلبسه وروي ان عمر رضي الله عنه اتي
بسارق اقطع اليد والرجل قد سرق فقال له سدوم فأراد ان يقطعه فقال
له علي رضي الله عنه انما عليه قطع يد ورجل فحبسه عمر ولم يقطعه فعمر على
رضي الله عنهما لم يريد في القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان
ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهما منكر
فيكون اجماعا من الصحابة ولنا ايضا دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع
فهي ان اجمعنا على ان اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا تعدل الى اليد اليسرى
بل الى الرجل اليسرى ولو كان لليد اليسرى مدخل في القطع فكان لا تعدل
الا اليها لانها منصوص عليها ولا تعدل عن المنصوص عليه الى غيره فدل
العدول الى الرجل اليسرى لا اليها على انه لا مدخل اليها في القطع بالسرقة
اصلا وهذا النوع من الاستدلال ذكره الكرخي واما المعقول فمن وجوه قطع
اليد اليسرى تفويت جلبس منفعة من منافع النفس اصلا وهي منفعة
البطش لانها تفويت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليد اليسرى بعد قطع
اليد اليمنى فتصير النفس في حق هذه المنفعة هالكة فكان قطع اليد
اليسرى اهلاك النفس من وجه واهلاك النفس من كل وجه لا يصلح حدا
في السرقة كل اهلاك النفس من وجه لان الثابت من وجه ملحق بالثابت
من كل وجه في الحدود احتياطا ولا حجة له في الآية لان عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه قرأها فاقطعوا ايمانهما ولا يلحق بمثله ان يجوز له من تلقاء
نفسه بل سمعها من رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراءته مخرج التفسير
لمبهم الكتاب وهكذا روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما في قوله
فاقطعوا ايمانهما وهكذا روي عن الحسن وابراهيم واما حديث الاقطع
فقد روى الزهري في الموطأ عن عائشة رضي الله عنها انها قالت انما كان

الذي

الذي سرق على اسما اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله اليسرى
وكانت تذكر ان يكون اقطع اليد والرجل ثم انما تقطع اليد المنى في الكرة
الاولى اذا كانت اليد اليسرى صحيحة بحيث ان ينتفع بها بعد قطع اليد
اليمنى والرجل اليمنى صحيحة فان كانت اليد اليسرى مقطوعة او شلاء
او مقطوعة الابهام او اصبعين سوى الابهام لا تقطع اليد اليمنى لان
القطع في السرقة شرع زاجرا لا مهلكا واذا لم تكن اليد اليسرى بحال
الانتفاع بها فقطع اليد اليمنى يقع تفويتا لجلبس المنفعة وهي
منفعة البطش اصلا فيمنع اهلاكا للنفس من وجه فلا يقطع ولا تقطع
رجلها اليسرى ايضا لانها تذهب احد الشقين على الكمال فتهلك النفس
من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة اصبع واحدة سوى الابهام
تقطع يده اليمنى لان القطع لا يتضمن فوات جلبس المنفعة وكذا ان
كانت الرجل اليمنى مقطوعة او شلاء او عرجاء يمنع المشي عليها لا تقطع
اليد اليمنى لما فيها من فوات الشق ولا رجله اليسرى وان كانت صحيحة
لانه يبقى بلا رجلين فيفوت جلبس المنفعة ولو كانت رجله اليسرى
مقطوعة الاصابع كلها فان كان يستطيع القيام والمشي عليها تقطع يده
اليمنى لان الخمس لا تفوت وان كان لا يستطيع لا تقطع لفوات الشق ولو
كانت يداه صحيحتان ولكن رجله اليسرى مقطوعة او شلاء او مقطوعة
الاصابع او الاصابع تقطع يده اليمنى لان جلبس المنفعة لا تفوت ولا فيه
فوات الشق ايضا ولو سرق وهما شلاوان او مقطوعة الابهام او الاصابع
تقطع لقوله تعالى فاقطعوا ايديهما اي ايمانهما من غير فصل بين يمين
ويمين ولانه لو كانت سليمة تقطع قلنا قصد المعينة اولى بالقطع
ثم فرق بين القطع في السرقة وبين الاعتاق في الكفارة حيث جعل
فوات اصبعين سوى الابهام من اليد اليسرى نقصانا ما تفا من
قطع اليد اليمنى ولم يجعل فوات اصبعين نقصانا ما تفا من جواز

الاعناق ما لم يكن ثلاثا ووجه الفرق ان القطع حد لهذا القدر من القصاص
لو رقت بنفسه بخلاف الحد والله اعلم ولو قال الحاكم للجلاد اقطع يد السارق
فقطع اليد اليسرى لهذا على وجهين اما ان قال له اقطع يده مطلقا
واما ان قيده فقال اقطع يده فتقطع اليسرى اليمنى فان الحق فقال اقطع
يده مطلقا واما ان قيده فقال اقطع يده اليمنى فقطع اليسرى لا ضمان
عليه للحال لانه فعل ما امر به حيث امره بقطع اليد وقد تقطع اليد
ان قيد فقال اقطع يده التي تقطع اليسرى فان اخرج السارق
يده وقال هذا هو اليمنى فلا ضمان عليه ايضا لانه قطع بامره فلا
يضمن كمن قال لآخر اقطع يدي فقطع لا ضمان عليه كذا هذا اذا
لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى خطأ الاضمان
لانه اقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكا بظاهر قوله تعالى فا
قطعوا ايديهما من غير فصل بين اليمين واليسار فكان هذا خطأ من المجتهد
في الاجتهاد والله موضوع وموضوع المسئلة في هذا الخطأ لا فيما اذا اخطأ
من المجتهد في الاجتهاد وانه موضوع فتكون اليسار يمينا مع اعتقاد وجوب
قطع اليمين هكذا ان عند ابي حنيفة لا يضمن هناك ايضا على ما بينا
وان قطع اليسرى عمدا الاضمان عليه ايضا عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد يضمن لهما انه تعمد الظلم باقامة اليسار مقام اليمين
فلم يكن معذورا فيضمن ولابي حنيفة انه اتلف واخلف خيرا مما
اتلف فلا يضمن كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته الف بالعين
ثم رجعا لم يضمنا لما قلنا كذا هذا وانما قلنا انه اخلف خيرا مما
اتلف لانه قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى لانها لا تقطع بعد ذلك
لانه لا يؤتى على اطرافه الاربعة واليمنى خير من اليسرى ثم على قول ابي
حنيفة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعا من السرقة
حتى اذا هلك المال في يد السارق او استهلكه لا يضمن او لا يكون من

السرقة

السرقة حتى يضمن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون وقال بعضهم
لا يكون هذا كله اذا قطع الجلاد بامر الحاكم فاما الاجنبي اذا قطع يده اليسرى
فان كان خطأ تجب الدية وان كان عمدا يجب القصاص وسقط عنه القطع
في اليمنى لانه لو قطع يؤدي الى اهلاك النفس من وجه على ما بينا ويد السارق
ترد عليه السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من
الضمان هو القطع وقد سقط ولو وجب عليه قطع اليد اليمنى في
السرقة فلم يقطع حتى قطع فاقطع يمينه يمنة على وجهين اما ان
يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعليه
قاطعه القصاص ان كان عمدا او الارش ان كان خطأ ويقطع رجله اليسرى
في السرقة كانه سرق ولا يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل
القضاء فكذلك الجواب الآن ها هنا لا تقطع رجله اليسرى لانه لما خوصم
كان الواجب في اليمين وقد فات فسقط الواجب كما لو ذهبت باقة
سماوية وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع لانه احتسب لاقامة
حدود الله تعالى وكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان
على السارق فيما هلك من مال السرقة في يده او استهلكه واما
الموضع الذي تقطع من اليد اليمنى فهو مفصل الزند عند عامة
العلماء وقال بعضهم تقطع الاصابع وقال الخوارج تقطع من المنكب
لظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما واليد اسم لهذه الجملة والصحيح
قولنا لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع يد السارق من
مفصل الزند فكانا فعله بيانا للمراد بالآية كان نصا فقال فاقطعوا
ايديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامة من لدن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى يومنا هذا والله الموفق للصواب واما بيان من يقيم هذا
الحكم فالذي يقيمه الامام او من ولاه الامام لان هذا حد والتولي
لاقامة الحدود الائمة او من ولوهم من القضاة والحكام وهذا عندنا
وقال الشافعي المولى يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام في هذا الفصل

سيتوفيه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى واما بيان ما يسقط القطع بعد
وجوبه انواع منها تكذيب المسروق عند السارق في اقراره بالسرقة
بان يقول له لم تسرق مني ومنها تكذيبه البينة بان يقول شهد شهود
بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فسقط القطع ومنها
رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويضمن المال لان الرجوع
يقبل في الحدود ولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحدود
تسقط بالشبهات ولا تسقط المال رجلان اقرا بسرقة ثوب يساوي
يساوي مائة درهم ثم قال احدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه او قال هذا
بي دوني القطع عنهما لانهما لما اقرا بالسرقة فقد ثبت الشركة بينهما
في السرقة ثم لما انكر احدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه
فاورث شبهة في حق الشريك لاتحاد السرقة ولو قال احدهما سرقنا
هذا الثوب من فلان فكذبه الاخر وقال كذبت لم تسرقه قطع المقر وحده
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يقطع واحد منهما وجه قول ابي
يوسف انه اقر بسرقة واحدة منهما على الشركة فاذا لم يثبت في حق
شريكه بانكاره يورث ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا
بخلاف ما اذا اقر بالزنا بامرأة فانكرت انه يجب الحد على الرجل على اصله لان
انكار المرأة لا يورث في اقرار الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا في
حاسبهما عدمه من حاسبته كما لو زنا بصبية او مجنونة بخلاف الاقرار
بالسرقة لان ذلك وجد من احدهما على وجه الشركة فعدم السرقة
من احدهما يورث في حق الاخر وجه قول ابي حنيفة ان اقراره بما
شركه في السرقة اقرار لوجود السرقة من كل واحد منهما الا انه لما
انكر صاحبه السرقة لم يثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه لا يورث
في وجود الفعل من صاحبه فبقي اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة
فيؤخذ به بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامرأة وهي تجحد انه
لا يجب الحد على الرجل على اصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمرأة

فاذا

فاذا انكرت لم يثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار
بالسرقة على ما بينا والله اعلم ومنها رد السارق المسروق الى المالك قبل
المرافعة عند ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي
عن ابي يوسف انه لا يسقط ولا خلاف في ان الرد بعد الرد لا يسقط القطع
وجه رواية ابي يوسف ان السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع
فرد المسروق بعد ذلك لا يخلو اما ان السرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب
كما لو رد بعد المرافعة لا يسقط ولنا ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة
للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المسروق على المالك فقد بطلت الخصومة بخلاف
ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة لانتهاؤها وقد وجدت ومنها
هلاك السارق المسروق قبل القضاء حكما اذا وهب المسروق
من السارق وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان وهبه بعد القضاء
قبل الامضاء او وهبه قبل القضاء يسقط القطع بلا خلاف وان وهبه بعد
القضاء قبل الامضاء يسقط عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يسقط وهو قول الشافعي واحتج ابو يوسف بما روي ان سارق رداء
صفوان اخذ فاتي به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر عليه السلام
ان تقطع يده فقال صفوان يا رسول الله اني لم ارد هذا هو عليه صدقة
فقال عليه السلام فهلا قبل ان تاتيني به فدل ان الهبة قبل القضاء تسقط
القطع وبعده لا تسقط ولان وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة
وقد تمت السرقة ووقعت موجبة للقطع لاجتماع شرائط الوجوب فطرأ
الملك بعد ذلك لا يوجب خللا في السرقة الموجودة فتبقى القطع واجبا
كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء لان
الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضي وقد بطل حق
الخصومة وجه قولهما ان القبض شرط ثبوت الملك في الهبة والملك
في الهبة يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من
كل وجه او من وجه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة او الشبهة يمنع

من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده ولان القضاء باب الحدود
ملحق بالمقارن اذ الامان الاحق اسقاط الحد فيلحق به واما الحديث فلا حجة
له فيه لان المروي قوله عليه السلام هو عليه صدقة وقوله هو يحتمل انه
اراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد الله وروي في بعض الروايات
انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق او وهبه
منه ولكنه لم يقبضه والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض ولهذا اذا
باع المسروق من السارق قبل القضاء او بعده على الاتفاق والاختلاف
ولو زنى بامراة ثم تزوجها لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح لا
يحتمل الاستناد الى وقت الوطي فلا تثبت الشبهة في الزنا فيحد واما
حكم السقوط بعد الثبوت وعدم الثبوت لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخول
المسروق في ضمان السارق حتى لو هلك في يده بتعد او استهلكه السا رق
يضمن لان المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال المانع
فيضمن والله اعلم والثاني وجوب رد عين المسروق على صاحبه اذا كان
قائما بعينه وجملة الكلام فيه ان المسروق في يد السارق لا يخلو اما ان كان
على حاله لا تغير واما ان احدث السارق فيه حدثا فان كان على حاله رده
على المالك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال على اليد ما اخذت
حتى تؤدوروي عنه عليه السلام انه قال من وجد عين ماله عند رجل فهو احق به
وروي انه عليه السلام رد رداء صفوان عليه وقطع السارق فيه وكذلك
ان كان السارق قد ملك المسروق بجهة ببيع او هبة او صدقة او تزوج
امراة عليه او كان السارق امراة فاختلعت من نفسها به وهو قائم في يد المال ك
فلصاحبه ان ياخذه لان ملكه في السرقة لا توجب زوال الملك عن العين
المسروقة فكان تملك السارق باطلا ويرجع المشتري على السارق بالثمن
الذي اشتراه به لما مر وان كان هلك في يد القابض وكان البيع قبل القطع او
بعده فلا ضمان على السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم وان احدث
السارق فيما حدثا لا يخلو اما ان احدث حدثا اوجب النقصان واما

ان

ان احدث حدثا اوجب حدثا اوجب الزيادة فان احدث حدثا يوجب النقصان ٦١٩
تقطع وترد العين على المالك وليس عليه ضمان النقصان لان نقصان
المسروق هلاك بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كما اذا هلك البعض
ويرد العين لان القطع لا يمنع الرد الاتري انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض
وان احدث حدثا اوجب الزيادة فلا صلح في هذا ان السارق اذا احدث
في المسروق حدثا لو احدث الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك يتقطع
حق المسروق منه والا فلا الا ان في باب الغصب يضمن الغاصب للما لك
مثل المغصوب او قيمته وها هنا لا يضمن السارق لمانع وهو القطع
اذا عرف هذا فنقول السارق اذا قطع الثوب المسروق وخاطه قميصا
انقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لا يقطع حق المغصوب منه كذا
اذا فعله السارق ولا ضمان على السارق لما بينا ولو صبغه احمر او اصفر
فكذلك لا سبيل للمالك على العين المسروقة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يأخذ المالك الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه الا ان التضمين هاهنا
متعذر لضرورة القطع فتعين الوجه الاخر وهو ان يأخذ الثوب ويعطيه
ما زاد الصبغ فيه اذ الغصب والسرقة لا يختلفان في هذا الباب الا الضمان
ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين الغصب والسرقة ها هنا وهو ان حق
المغصوب منه انما لم ينقطع عن الثوب لما لصبغ الصبغ لان اصل الثوب
ملكه وهو متقوم والغاصب فيه حق متقوم ايضا الا انا اثبتنا الخيار
للمالك لا للغاصب لان المالك صاحب اصل والغاصب صاحب وصف وها هنا
حق السارق في الصبغ متقوم وحق المالك في اصل الثوب ليس بمتقوم في
حق السارق لاجل القطع الا ترى انه لو اتلف السارق لا ضمان عليه فاعتبر
حق السارق وجعل حق المالك في الاصل بمنزلة الحقد في الوصف وتعذر
تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجانا ولكن لا يحل له ان ينتفع بهذا
الثوب بوجه من الوجوه كذلك قالوا لابي حنيفة رحمه الله لان الثوب على ملك
المسروق منه الا انه تعذر رده وتضمينه في الحكم والقطع فما لم يملكه السارق

لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور من غير بدل للتحذر ايجاب الضمان
فلا يباح له الانتفاع به ويجوز ان يصير مال انسان في يد غيره على وجه يخرج
من ان يكون واجب الرد والضمان اليه من طريق الحكم والقضاء لكن لا يحل
له الانتفاع به فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الباغي اذا اتلف مال العادل
ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان ويفتى فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الحربي
اذا اتلف شيئا من مالنا ثم اسلم لا يحكم عليه بالرد ويفتى بذلك فيما بينه
وبين الله تعالى وكذلك السارق اذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان
ولكن يفتى به فيما بينه وبين الله تعالى وكذا قاطع الطريق اذا قتل انسانا
بعد ما تاب يبطل عنه الحد ويؤمر بأداء الدية الى ولي القتيل ولو قتل
حربي مسلما بعد ما اسلم لا يفتى بدفع الدية الى الولي بخلاف الباغي
وقاطع الطريق والفرق ان القتل من الحربي لم يقع سببا لوجوب الضمان
لان عصمة المقتول لم تظهر في حقه ولا يجب بالاسلام لانه يجب ما قبله
قال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف بخلاف
قاطع الطريق لان فعله وقع سببا لوجوب الضمان الا انه لا يحكم بالضمان
لمانع وهو ضرورة اقامة الحد اذ الواجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر اثر
المانع في الحكم والقضاء لا في المروي وكذلك اذا فعل الباغي وقع سببا
لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لمانع وهو عدم الغاية للقيام
للفئة وهذا المانع يخص الحكم والقضاء فكان الوجوب ثابتا عند الله تعالى
فيفتى به وعلى هذا يخرج ما اذا سرق نقرة فضة فصنعها دراهم انه
يقطع والدراهم بناء على ان بهذا الصنع لا ينقطع حق المالك في باب الغصب
عنده وعندهما يقطع ولو سرق حديدا او صفرا او نحاسا او ما اشبه ذلك
فضربها او اني يظهر ان كان بعد الصناعة والضرب يباع وزنا تمر عليه
الاحتمال الذي ذكرنا وان كان يباع عددا ينقطع حق المالك بالاجماع

كما

كما في الغصب وعلى هذا افاسوق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس
وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الغصب والله اعلم

كتاب قطاع الطريق

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في كتاب السرقة وذلك في اربعة
مواضع في بيان ركن قطع الطريق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان
ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي وفي بيان حكم الطريق
اما ركنه فهو في الخروج عن الدارة لاجل اخذ المال على سبيل المغالبة على
وجه يمتنع القوة والمدارة عن المرور ويقطع الطريق سواء كان القطع
من جماعة او من واحد لجواز ان يكون له قوة القطع بسلاح او غيره من
العصا والحجر والخشب ونحوها لان انقطاع الطريق يحصل بكل
من ذلك وسواء كان بمباشرة الكل او التسبب من البعض بالاعانة والاخذ
لان القطع يحصل بالكل كما في السرقة ولان هذا من عادة المتحارفة
اعني المباشرة من البعض والاعانة من البعض بالتسهيل للوقوع
فلو لم يلحق التسبيب بالمباشرة في وجوب الحد لادى ذلك الى
انسداد باب قطع الطريق وانسداد حكمه وانه قبيح ولهذا الحق
التسبيب بالمباشرة في وجوب الحد بالمباشرة في السرقة فكذا هاهنا

فصل واما الشرائط فالواجع بعضها يرجع الى القاطع خاصة
وبعضها يرجع الى المقطوع خاصة وبعضها يرجع اليهما وبعضها
يرجع الى المقطوع له وبعضها يرجع الى المقطوع فيه اما الذي يرجع
الى القاطع خاصة فالواجع منها ان يكون عاقلا ومنها ان يكون
عاقلا ومنها ان يكون بالغا فان كان صبيا او مجنونا فالحد عليهما
لان الحد عقوبة فيستدعي جنايته وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه
جنايته ولهذا لم يتعلق به القطع في السرقة كذا هذا ولو كان في القطاع
صبي او مجنون فلا حد على احد في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف ان كان الصبي هو الذي يلي القطع فكذلك وان كان غيره حد

ع

العقلا البالغين وقد ذكرنا المسئلة في كتاب السرقة ومذهبنا المذكور فيه
ظاهر الروايات حتى لو كان في القطاع امرأة تولت القتال واخذ المال دون
دون الرجال لاتيام تلحد عليها في الروايات المشهورة وذكر الطحاوي
فقال النساء والرجال في قطع الطريق سواء على قياس قوله بقيام الحد
عليها وعلى الرجال وجه ما ذكره الطحاوي ان هذا حد يستوي في وجوبه
الذكر والانثى كسائر الحدود ولان الحد ان كان هو القطع فلا يشترط في
وجوبه الذكورة والانوثة كسائر الحدود ولان الحد ان كان هو القطع فلا
يشترط في وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان هو القتل فكذلك حد
الزنا وهو الوجه اذا كانت محصنة وجه الرواية المشهورة انه
ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق
من النساء عادة لوقة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكن من اهل الحراب
ولهذا لا يقتلن في دار الحرب بخلاف السرقة لانها اخذ المال على وجه
الاستخفاء ومسارقة الاعين والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا سائر
سائر الحدود يتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال واما الرجال
الذين معها فلا تقام عليهم الحد في قول ابي حنيفة ومحمد سواء باشر
وسهما اولم يباشروا فرقا لابي يوسف بين الصبي وبين المرأة حيث
قال اذا باشر الصبي لا يؤخذ على من لم يباشر من العقلا البالغين واذا
باشرت المرأة حد الرجال ووجه الفرق ان امتناع الوجوب على المرأة ليس
لعدم الاهلية لانها من اهل التكليف الا ترى انه يتعلق سائر الحدود //

بفعلها بالعدم المحاربة منها او نقصانها عادة وهذا لم يوجد في الرجال
ولا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم اهلية
الوجوب لانه ليس من اهل الايجاب عليه ولهذا لم يجب عليه سائر
الحدود فاذا انتفى الوجوب عليه وهو اصل امتنع التبع ضرورة وجه قولهما
ان سبب الوجوب شيء واحد وهو قطع الطريق وقد يحصل ممن يجب
عليه وممن لا يجب عليه فلا يجب اصلا كما اذا كان فيهم جبي او مجنون

واما

واما الحرابة فليست بشرط لعموم قوله تعالى انما الذين يحاربون الله ورسوله
ويسعون في الارض فسادا الاية من غير فصل بين الحر والعبد ولان
الركن وهو قطع الطريق يتحقق من العبد سبب تحققه من الحر فيلزمه
حكمه كالملزم للحر وكذلك الاسلام لما قلنا **فصل** واما الذي يرجع
الى المقطوع عليه حاصله فنوعان احدهما ان يكون مسلما او ذميا
فان كان حربيا مستامنا لا حد على القاطع لان مال الحربي المستامن
ليس بمعصوم مطلقا بل في عصمة شبهة العدم لانه من اهل دار
الحرب وانما استفاد العصمة بعارض الامان موقتة الى غاية العود الى
دار الحرب فكان في عصمة شبهة الاباحة فلا يتعلق الحد بالقطع
عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف الذمي لان عقد الذمة افاد له
عصمة ماله على التابيد فيتعلق الحد باخذه كما يتعلق بسرقته و
الثاني ان تكون يد صحيحة بان كانت يد ملك او يد امانة او يد ضمان
فان لم تكن صحيحة كيد السارق لا حد على القاطع كما لا حد على السارق على
ما مر في كتاب السرقة **فصل** واما الذي يرجع اليهما جميعا واحد
وهو ان لا يكون في القطاع ذو رحم محرم من احد من المقطوع عليهم
فان كان لا يجب الحد لان بينهما تسطا في المال والحرز لوجود الاذن
بالتناول عادة فقد اخذ ما لم يجز عنه الحرز المبني على الحصن ولا
السلطان الجاري في السفر فاورث ذلك شبهة في الاحاد لاتحاد
السبب وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول جواب الكتاب محمول
على ما اذا كان الاخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وبين القطاع من هو ذو
رحم محرم من احدهم فاما اذا كان لكل واحد منهم مال مغرز يجب عليه الحد
على البالغين وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل **فصل** واما الذي
يرجع الى المقطوع له فما ذكرناه في كتاب السرقة وهو ان يكون الماخوذ مالا
متقوما معصوما مما ليس لاحد فيه حق الاخذ ولا تاويل التناول ولا
شبهة التناول مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تاويل الملك ولا شبهة الملك

محرزا مطلقا بالحافظ ليس فيه شبهة العدم نصابا كان ملا عشرة دراهم او
مقدرا بما حتى لو كان المال المأخوذ لا يصيب كل واحد من القطع عشرة لاحد
على احد وقد ذكرنا دلايل هذه الشرايط والمسايل التي يخرج عليها في كتاب
السرقة وشرط الحسن بن زياد في نصاب قطع الطريق ان يكون عشرة فصاعدا
وقال عيسى بن ابان ان قتلوا قتلوا وان كان ما اخذ كل واحد منهم اقل
من عشرة وجه قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بالعشرة والواجب
فيهما قطع طرف واحد وهاهنا يقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك
عشرون وجه قول عيسى انا اجمعنا على انهم لو قتلوا ولم يأخذوا المال
اصلا قتلوا فاذا اخذوا شيئا من المال وان قل اولى ان يقتلوا ولنا الفرق
بين النوعين وهو انهم لما قتلوا ولم يأخذ المال اصلا على ان مقصودهم القتل
لا المال اصلا علم ان مقصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة
في نفسها فيجاز به بعقوبة متكاملة وهي القتل ولما اخذوا المال وقتلوا
دل ان مقصودهم المال وانما قتلوا ليتمكنوا من اخذ المال واخذ المال
لا يتكامل جناية الا اذا كان المأخوذ نصابا كما في السرقة والله اعلم

فصل واما الذي يرجع الى المقطوع فيه وهو المكان فنوعان احدهما
ان يكون قطع الطريق في دار الاسلام وان كان في دار الحرب لا يجب الحد لان
للتولي لاقامة الحد هو الامام وليس له ولاية في دار الحرب فلا تقدر على
الاقامة فالسبب حين وجود ولم ينعقد سببا للوجوب لعدم الولاية
فلا يستوفى في دار الاسلام ولهذا لا يستوفى سايل الحدود في دار الا سلام
اذا وجد اسبابها في دار الحرب كذا هذا والثاني ان يكون في غير مصره ان
كان في مصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهارا او ليلا او سواء كان بسلاح
او غيره وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد والقياس ان يجب
وهو قول ابي يوسف وجه القياس ان سبب الوجوب قد تحقق وهو
قطع الطريق فيجب الحد كما لو كان في غير مصر وجه الاستحسان ان
القطع لا يحصل بدون الانقطاع والطريق لا ينقطع في الامصار وفيما

بين

بين القرى لان العادة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل
انما اجاب ابو حنيفة على ما شهد في زمانه لان اهل الامصار كانوا يحملون
السلاح فانقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم والاول اقرب الناس
هذه العادة فيتمكنهم المغالبة فيجري عليهم الحد ولهذا قال ابو حنيفة
فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجري عليه الحد لان الغوث
كان يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصاله بالمصر والان صار ملحق
بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الثالث وان كان ان يكون
بينهم وبين المصر مسيرة سفر فان كان اقل من ذلك لم يكونوا قطاع ع
الطريق وعلى هذا قولهما فاما على قول ابي يوسف فليس بشرط ويكونوا
قطاع الطريق والوجد ما بينا فيجب الحد وروي عن ابي يوسف في قطاع ٢٨
الطريق في المصر قاتلوا نهارا بسلاح يقام عليهم الحد وان خرجوا
عشيا بهم لم يقم عليهم لان السلاح لا يثبت فلا يلحق الغوث والخشب
يثبت فالغوث يلحق وان قاتلوا ليلا بسلاح او خشب يقام عليهم الحد
لان الغوث ما يلحق بالليل فيستوي فيه السلاح وغيره والله اعلم ولو
شهر على رجل سلاحا نهارا او ليلا في غير مصر او في مصر فقتله الشاهر
عليه يقتل به والاصل في هذا ان من قصد قتل انسان لا عيد ودمه
ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل
لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح القتل لانه من
ضرورات الدفع فاذا شهر عليه سيفه يباح له ان يقتله لانه لا يقدر
على الدفع الا بالقتل الا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه
الغوث اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح له قتله
فاذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه وكذلك اذا شهر عليه
الخشب ليلا لان الغوث لا يلحق بالليالي عادة سواء كان في المفازة او في
المصر وان شهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لان يمكنه دفع شره
بالاستغاثة بالناس وان كان في المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة

فلا يدفع شره الا بالقتل فيباح له القتل وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله
لا يجب القصاص لانه يباح له قتله اذ لو لم يبح لقتله القاصد واذا اقتله
يقتل به قصاصا فكان فيه اتلاف نفسين واذا ابيح قتله كان فيه اتلاف احدهما
فكان اهون ولو قصد قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح
للمقصود قتله ان يقتل القاصد فان قتله يجب عليه القصاص لانه ليس
في ترك الاباحة ها هنا اتلاف نفس فلا يباح واذا اقتله فقد قتل معصوما
معصوم الدم على الابد فيجب القصاص والله اعلم **فصل** واما
بيان ما يظهر به القطع عند القاضي فالذي يظهر به البينة او الاقرار
بعقيب خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضي على ما ذكرنا في كتاب
السرقة **فصل** واما حكم الطريق فله حكمان احدهما يتعلق
بالنفس والاخر يتعلق بالمال اما الذي يتعلق بالمال فالنفس فوجوب
الحد والكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان اصل هذا الحكم وفي بيان صفاته
وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيمه وفي بيان ما يسقط بعد الوجوب
او يمنع الثبوت لمانع اما اصل الحكم الذي يتعلق بالنفس فلا يمكن الوصول
الى معرفته الا بعد معرفة انواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف
انواعه فنقول وبالله التوفيق قطع الطريق اربعة انواع اما ان يكون
باخذ المال لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير واما ان يكون بهما جميعا
واما ان يكون بالتخويف من غير اخذ ولا قتل فمن اخذ المال ولم يقتل
قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن اخذ المال
وقتل قال ابو حنيفة رحمه الله الامام بالخيار ان شاء قطع يده ورجله
ثم قتله او صلبه وان شاء لم يقطعه او قتله او صلبه وقيل ان تفسير
الجمع بين القطع والقتل عند ابي حنيفة هو ان يقطعه الامام ولا يحسم
موضع القطع بل يتركه حتى يموت وقال ابو يوسف ومحمد يقتل ولا يقطع
ومن اخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا ينفى وقال مالك في قاطع الطريق

مخير بين الاحوال المذكورة والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله
ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم
وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض اخبر ما الله بظاهر الاية وسواء
الله تعالى ذكر الاحوال فيها بحرف او واعنا المخير كما في كفارة اليمين وكفارة
جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل بخلافه ولنا
لا يمكن اجراء الاية على ظاهر التخيير في مطلق المحارب لان الجزاء على
قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية وينقص بنقصانها هذا هو مقتضى
المعقول والسمع ايضا قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها فالتخيير
في الجناية القاصرة بالجزاء الذي هو جزاء في الجناية الكاملة وفي الجناية
الكاملة بالجزاء الذي هو جزاء في الجناية القاصرة خلاف المشروع يحقق
ذلك ان الامة اجمعت على ان القاطع لواخذ المال وقتل لا يجازى جزاء
القتل وحده وان كان ظاهر الاية يقتضي التخيير بين الاحوال الاربع
دل ان الاية لا يمكن العمل بظاهر التخيير على ان التخيير الوارد في الاحكام
المختلفة من حيث الصورة تحرف التخيير انما يجري على ظاهره
اذا كان سبب الوجوب واحدا كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد
اما اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان الحكم للكل في نفسه كما في قوله
تعالى قلنا يا ذا القرنين اما ان تعذب واما ان تتخذ فيهم حسنا ان
ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان الحكم لكل في نفسه لاختلاف
سبب الوجوب وتاويله اما ان تعذب من ظلم او تتخذ الحسن فيمن
امن وعمل صالحا الا ترى الى قوله اما من ظلم فسوف نعذبه الاية واما
من امن وعمل صالحا فله جزاء الحسنى الاية وقطع الطريق متنوع في نفسه
وان كان متحدا من حيث الذات قد يكون باخذ المال وحده وقد يكون
بالقتل لا غير وقد يكون بالجمع بين الامرين وقد يكون بالتخويف لا غير
فكان سبب الوجوب مختلفا ولا حمل على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع
او يحمل هذا ويحمل ما ذكرنا فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا لم يكن معرف

الاية التي ظاهرها التخيير في مطلق المحارب فاما ان يحمل على الترتيب ويخير
في كل حكم مذكور ونوع من الانواع قطر الطريق كانه قال انما جزاء الذين يحاربون
الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا ان اخذوا المال
وقتلوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ان اخذوا المال لا غير او ينفوا من
الارض ان اخافوا هكذا ذكر جبريل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع ابوا
بردة باصحابه الطريق على انا سرحا ابريدون الاسلام ان من قتل قتل
ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل واخذ المال صلب
ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان قبله من الشرك والى هذا القول يذهب
عبد الله بن عباس وابراهيم النخعي رحمهما الله واما ان يحمل بظاهر التخيير
بين الاجزية الثلاثة لكن في محارب مخاص وهو اخذ المال وقتل وكان الحمل
بظاهر التخيير على هذا الوجه اقرب من ظاهر الاية لان الله تعالى جمع بين
القتل وقطع الطريق في الذكر بقوله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
ويسعون في الارض فسادا وان المحاربة هي القتل والفساد في الارض هو قطع
الطريق فاوجب اخذ الجزية بما ذكر من الفعلين وقيد عمل حقيقة حرف
التخيير وعمل بحقيقة ما اضيف اليه الجزاء وهي ذكر من المحاربة والسعي في
الارض بالفساد فكان اقرب الى ظاهر الاية اني هذا التاويل يذهب الحسن
ابن سعيد المسيب ومجاهد وغيرهم ثم ابو يوسف ومحمد اخذا بالتاويل الاول
وهو تاويل الترتيب في المحارب اذا اخذ المال وقتل انه يقتل لا غير لان جبريل
صلوات الله عليه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما مر وحد قطاع الطريق
فلا تقابل الا بعقوبة واحدة والقتل والقطع عقوبتان على الجمع ان كانتا جميعا
يتعين يجب بكل واحدة منهما جزاء عند الانفراد حماية لله تعالى لكنهما اذا
اجتمعا يدخل بعضها دون النفس في النفس كالسارق اذا زنى وهو محصن وكما
زنى وهو غير محصن ثم احصن ثم زنى الله يرجم لا غير كذا هاهنا والله لا فا
في اقامة القطع لان ما هو المقصود من الحد وهو الزجر وما هو غير مقصود
به وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع فلا يشرع وابو حنيفة

رحمه

رحمه الله اخذ بالتاويل الثاني وهو التخيير بين الاجزية الثلاثة في المحارب
الذي جمع بين اخذ المال والقتل وهو احق التاويلين للاية لما ذكرنا ان فيه عملا
بحقيقة خوف التخيير وبحقيقة ما اضيف اليه الجزاء وهو المحاربة والسعي في الارض
بالفساد فكان اقرب الى ظاهر الاية واما عرفنا حكم اخذ المال وحده وحكم
القتل وحده لا بهذه الاية ولكن بحديث جبريل صلوات الله عليه او غيره او بما
لا سدلال بحالة الاجتماع وهو انه لما وجب الجمع بين الموجبين عند وجوب القطع
وجب القول بانفراد كل واحد منهما عند الانفراد ويمكن ان يقال انه يقول في
تاويل الاية بالترتيب فنوجب الصلب بظاهر الاية والقطع بالاستدلال
بحالة الانفراد لانه يجب على كل واحد منهما عند الاجتماع يجب ان يجمع الامر
في بعض المواضع قام دليل اسقاط الاخذ ولم يقم هاهنا بل قام دليل الوجوب
لان مبنى هذا الباب على التغليظ الا ترى انه يجمع بين قطع اليد والرجل في اخذ
المال ولا يجمع بينهما في اخذ المال في العمر وكذلك يصلب في القتل وحده هاهنا
ولم يجب ان يصلب في غيره من القتل في العمر فكذا جاز ان يجمع بين الموجبين
عند مباشرة النوعين هاهنا دون سائر المواضع واما كيفية الصلب فقد روي
عن ابي يوسف انه يصلب حيا ثم يطعن برمح حتى يموت وذكر الكرخي وعن
ابي عبيد الله يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوي لان الصلب حيا من باب
المثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والصحيح هو الاول لان
الصلب في هذا الباب شرع لزيادة في العقوبة تغليظا والميت ليس من اهل العقوبة
ولانه لو جاز ان يقال صلب بعد الموت لجاز ان يقال تقطع يده ورجله من خلاف
بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلة في الحديث قطع بعد الجوارح
كذا قال محمد رحمه الله وقبل اذا صلبه الامام يترك ثلاثة ايام عبرة للخلق ثم يخلي
بينه وبين اهله لان بعد الثلاث يتغير فيتضرر به الناس واما النفي في قوله
تعالى او ينفوا من الارض فقد اختلف اهل التاويل فيه قال بعضهم المراد منه
وينفوا من الارض بحذف الالف ومعناه وينفوا من الارض فقد اختلف اهل التا ويل
بالقتل والصلب او هو النفي من وجه الارض حقيقة وهذا على قول من تاول

الآية يحارب الذي اخذ المال وقتل لان الامام يكون مخيرا بين الاجزية
الثلاثة والنفي من الارض ليس غير واحد من هذه الثلاثة لان بالقتل واخذ
يحصل النفي فكذا الايجوز ان يجعل النفي مشاركا الاجزية الثلاثة في التخيير
لانه يزاحم القتل لانه دونه بكثير وقيل نفيه ان يطرد حتى يخرج من دار
الاسلام وهو قول الحسن وعن ابراهيم النخعي في رواية ان نفيه طلبه وبه
اخذ الشافعي انه يطلبه في بلد والقولان لا يصحان لانه ان طلب في البلد
الذي قطع الطريق ونفي عنه فقد الغى ضرره الى بلد اخر وان طلب في
كل بلد في بلاد المسلمين ونفي عنه يدخل دار الحرب وفيه تعريض له على الكفر
وحمله حربا لنا وهذا لا يجوز وعند ابراهيم في رواية اخرى انه يحبس ٥ من
حتى يحدث توبة وفيه نفي عن وجه الارض مع قيام الحياة الا عن الموضع
الذي حبس فيه ومثل هذا لا يجوز لان الناس ليسمي نفيا ٥ وجه الارض
وخروجا عن الدنيا كما اشتد لبعض المحبوسين ٥ خرجنا من الدنيا ونحن
من اهلها ٥ فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى ٥ اذا جاء السجان يوما لحاجة
عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا **فصل** واما صفات هذا الحكم فانواع
منها انه يتفي وجوب ضمان المال والجراحات عمدا كانت للجراحة او خطا
اما المال فلانه لا يجمع بين الحد والضمان عندنا واما الجراحات اذا كانت
خطا فلانها توجب المال وان كانت عمدا فلان الجناية فيما دون النفس
ليست بعمد لسلب الاموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات
وقد ذكرنا ما يتعلق من المسائل بهذا الاصل في كتاب السرقة ومنها ان
يجري فيها التداخل حتى لو قطع قطعات قد وقع في بعضها قطعت يده
ورجله فيما وقع فيه كان ذلك للقطعات كلها كما في السرقة الا ان تمة التداخل
لاحتمال عدم الفائدة مع تبا محل القطع وهو الرجل اليسرى وها هنا
التداخل لعدم المحل والكلام في الضمان فيما لم يخاصم فيه وما هو الكلام
في السرقة انه ان كان المال قائما يرده وان كان هالكا ففي الاحتلاف الذي
ذكرنا في كتاب السرقة ومنها انه لا يحتمل العفو والاسقاط والابرا والصلح

عنه

عنه فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل او قطع او صلب يستوفى منه
سواء عفا الاولياء وارباب الاموال عن ذلك او لم يعفوا وسواء ابرأوا منه او
صالحوا عليه وليس للامام ايضا اذا ثبت ذلك عنده تركه واسقاطه
والعفو عنه لان الواجب حد والحد وحقوق الله تعالى فلا يعمل فيها العفو
ولا صلحه ولا الابراء عنها **فصل** واما محل اقامة هذا الحكم فنقول
محل اقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فان الحكم هو القتل بان قتل
او اخذ المال وقتل او الحبس بان لم يأخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف لا
غير فمحل اقامته النفس وان كان الحكم هو القطع بان اخذ المال لا غير
فمحل اقامته اليد اليمنى والرجل اليسرى لقوله تعالى او تقطع ايديهم وارجلهم
من خلاف ويعتبر ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ما ذكرنا
في كتاب السرقة وكذلك حكم فعل الحداد اذا قطع اذا قطع اليد اليسرى
فكان اليمنى مستحقا او مخطيا وحكم فعل الاجنبي اذا قطع اليد اليسرى
خطأ او عمدا ها هنا مثل الحكم في السرقة وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب
السرقة وكذا محل القطع من اليد اليمنى هو المفصل كما في السرقة والله اعلم
فصل واما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام او من ولاه
الامام الاقامة ليس الى الاولياء ولا الى ارباب الاموال شيء بل يقيمه الامام
طالب الاولياء وارباب الاموال بالاقامة او لم يطالبوا وهذا عندنا وعند
الشافعي للمولى مملك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام والكلام
في هذا الفصل على الاستقصاء ذكرناه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى
فصل واما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالسقط له بعد الوجوب
اشياء ما ذكرناها في كتاب السرقة منها تكذيب المقطوع عليه القاطع في
اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق ومنها رجوع القاطع عن
اقراره بقطع الطريق ومنها تكذيب المقطوع عليه البينة ومنها ملك
القاطع المقطوع له وهو المال قبل الترافع او بعده على التفصيل على الاختلاف
الذي ذكرناه في كتاب السرقة ومنها توبة القاطع قبل ان يقدر عليه لقوله تعالى

الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم اي
رحموا لما فعلوا فقد مواعلى ذلك وعزموا على ان لا يفعلوا مثله في المستقبل
فدلت هذه الاية على ان قاطع الطريق اذا تاب قبل ان يظفر به يسقط عنه
الحد وتوبته برد المال على صاحبه ان كان اخذ المال لا غير مع العزم على
ان لا يفعل مثله في المستقبل ويسقط عنه القطع اصلا ويسقط عنه القتل
حدا وكذلك ان اخذ المال وقتل حتى لم يكن للامام ان يقتله ولكن يدفعه
الى اولياء القتيل ليقتلوه قصاصا ان كان القتل بسلاح على ما ذكرنا وان كان
لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله
في المستقبل وهو ان يأتي الامام عن طوع واختيار ويظهر التوبة عنده
ويسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب ولا معنى للحبس
وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب السارق قبل ان يظفر به ورد المال الى
صاحبه سقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود اعلم ان السقوط بالتوبة
والعفو ان الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى لان محل
الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تملها
برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى صاحبه لم يبق له حق الخصومة
مع السارق بخلاف سائر الحدود فان الخصومة فيها ليست بشرط
فعدمها لا يمنع من اقامة الحد وفي حد القذف انكانت شرطا لكنهما
لا تتحلل بالتوبة لان بطل لا عما برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روي
عن علي رضي الله عنه انه كتب الى عامله بالبصرة ان حارثة بن بدر
حارب الله ورسوله وسعى في الارض فسادا فاكتب الي علي رضي الله عنه
ان حارثة قد تاب قبل ان تقدر عليه فلا تعرض له الا بخير هذا اذا تاب
قاطع الطريق قبل القدرة عليه فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان اخذ
ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان التوبة عن السرقة اذا اخذ المال برد المال الى
صاحبه وبعد الاخذ لا يكون رد المال بل يكون استرداده منه جبرا فلا
يسقط الحد وان لم يأخذ المال فهو بعد الاخذ متهم في اظهار التوبة فلا

يتحقق توبته واما **فصل** واما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم
عدم الوجوب لما تاب فنقول وبالله التوفيق اذا سقط الحد بعد التوبة
قبل ان تقدر عليهم فان كانوا اخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه ان كان
قائما وان كان هالكا او مستهلكا فعليهم الضمان وان كان قتلوا لا غير
يدفع من قتل منهم بسلاح الى الاولياء ليقتلوه او يعفوا عنه ومن قتل
يسقط او جب فعلى عاقلته الدية لورثة المقتول وان كانوا اخذوا المال
وقتلوا فحكم اخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد
وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة قبل القدرة صار
حكم القتل واخذ المال وهلاكه واستهلاكه ما هو حكمهما في غير قطع الطريق
وحكمهما في غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا اخذوا المال وجرحوا
او اخذوا المال وقتلوا وجرحوا قوما او جرحوا قوما ولم يكن منهم
احد ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرنا والجراحات فيها القصاص فيما
يقدر فيه على الاقتصاص والارش فيما لا يقدر عليه لان عند سقوط
الحد صار كأن الجراحة حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك
لكان حكمه ما ذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر عليهم قبل التوبة ولم
يكن منهم قتل ولا اخذ مال وقد خافوا قوما جراحات يجب القصاص
فيما يستطاع فيه الاقتصاص والارش فيما لا يستطاع فيودعون
السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيرا لاحدا والتعزير لا يدخل
فيه الجراحة بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا واخذوا
المال او جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد فيدخل فيه الجراحة
وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن الاقرار
يصح في حق سقوط الحد اما لا يصح في حق ضمان المال والقصاص
فبقي اقراره معتبرا في حقهما واما اذا كان السقوط بتكذيب البينة
من الاقرار والبينة لا شيء عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان
ثبوته بالحجة وقد بطلت اصلا وزاسا بخلاف الرجوع عن الاقرار لان

الاصل ان اقرار المقر حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع
في حق الحد درا للحد بالشبهة فبقي معتبرا في حق ضمان المال
والقصاص بهو الفرق وعلى هذا حكم عدم الوجوب لمانع بان فات
شرط من شرائط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان
المأخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم انهم
يودون ان كان قايما ويضمنون ان كانوا هالكا ومستهلكا ومن
قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصا
او حجر فعلى عاقلته الدية ومن خرج ليقتص فيهما يمكن القصاص
وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد
حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها
في غير قطع الطريق ما قلنا وكذلك ان كان في المحاربين صبي او
مجنون حتى امتنع وجوب الحد يدفع كل عاقل بالغ قتل منهم
بسلاح الى الاولياء فيقتلون او يعفون وان كان الذي ولي القتل
منهم صبي او مجنون حتى امتنع وجوب الحد فعلى عاقلته الدية
وان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من اهل وجوب
القصاص عليهما فكان تعمدهما خطأ وان كانا اخذ المال ضمنا
لانهما من اهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد
على القطاع لمعنى من المعاني رجعوا في ذلك الى حكم القطاع
والله اعلم **فصل** واما الحكم الذي يتعلق بالمال
فهو وجوب الرد ان كان قايما بعينه لصاحبه ان يأخذه
اينما وجده سواء وجده في يد المحارب او في يد من ملكه
المحارب ببيع او هبة او غير ذلك ولو تغير المال الى الزيادة
او النقصان فقد ذكرنا حكمه في باب السرقة والله اعلم
بالصواب

بصيب

تم الجزء الثاني من كتاب قطاع الطريق ويليه ان شاء الله تعالى
في الجزء الثالث كتاب الحدود وبحمد الله تعالى وعونه
وحسن توفيقه والله تعالى المستعان وعليه التكلان
ووافق الفراغ من نسخه في يوم الاحد المبارك
التاسع والعشرين جمادا اول من شهور
سنة الف ومايه واربعين
على يد افقر العباد واحوجهم
الى الله سبحانه وتعالى
ابن احمد بن الحسن
الحوثي القاضي
العباسي
عفى الله
عنه
امين
امين

